يشكيراغاسى يوسف آغا قوللرى

كتاب الهداية في الفقه
نسخ ٢٩

الجلد الاول والثاني
في جلد واحد

قد وقف هذه النسخة الجليلة سلطاننا الأعظم والخاقان المعظم
مالك البرين والبحرين خادم الحرمين الشريفين السلطان ابن السلطان السلطان
الغازي محمود خان وقفا صحيحا شرعيا لمن طالع واستفاد
أعظم الله تعالى أجره يوم التناد حرره الفقير أحمد شيخ زاده
المفتش بأوقاف الحرمين الشريفين
غفر لهما

الحمد لله الذي اعلى معالم العلم واعلامه واظهر شعاير الشرع واحكامه وبعث رسلا
وانبياء صلوات الله عليهم اجمعين الى سبل الحق هادين واخلفهم علماء
الى سنن سننهم داعين يسلكون فيما لم يؤثر عنهم مسلك الاجتهاد مسترشدين
منه في ذلك وهو ولي الارشاد وخص اوايل المستنبطين بالتوفيق حتى
وضعوا مسايل من كل جلي ودقيق غير ان الحوادث متعاقبة الوقوع والنوازل
يضيق عنها نطاق الموضوع واقتناص الشوارد بالاقتباس من الموارد والاعتبار
بالامثال من صنعة الرجال وبالوقوف على الماخذ يعض عليها بالنواجذ وقد جرى
علي الوعد في مبدا بداية المبتدي ان اشرحها بتوفيق الله تعالى شرحا ارسمه بكفاية
المنتهي فشرعت فيه والوعد يسوغ بعض المساغ وحين اكاد اتكي عنه اتكاء الفراغ
تبينت فيه نبذا من الاطناب وخشيت ان يهجر لاجله الكتاب وصرفت العنان والعناية
الى شرح آخر موسوم بالهداية اجمع فيه بتوفيق الله تعالى بين عيون الرواية ومتون
الدراية تاركا للزوايد في كل باب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب مع ما انه يشتمل على
اصول تنسحب عليها فصول واسال الله تعالى ان يوفقني لاتمامها ويختم لي بالسعادة
بعد اختتامها حتى ان من سمت همته الى مزيد الوقوف يرغب في الاطول والاكبر
ومن اعجله الوقت عنه يقتصر على الاقصر والاصغر وللناس فيما يعشقون والفن

مذاهب

والفن خير كله ثم سالني بعض اخواني ان املي عليهم المجموع الثاني فافتتحته مستعينا
بالله في تحرير ما اقاوله متضرعا اليه في التيسير لما احاوله انه الميسر لكل عسير
وهو على ما يشاء قدير وبالاجابة جدير والله اعلم بالصواب

كتاب الطهارات

قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا قمتم الى الصلوة فاغسلوا وجوهكم الاية ففرض
الطهارة غسل الاعضاء الثلاثة ومسح الراس بهذا النص والغسل هو الاسالة
والمسح هو الاصابة وحد الوجه من قصاص الشعر الى اسفل الذقن والى شحمتي الاذن
لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها والمرفقان والكعبان يدخلان في الغسل
عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان الغاية لا تدخل تحت المغيا كالليل في الصوم
ولنا ان هذه الغاية لاسقاط ما وراءها اذ لولاها لاستوعبت الوظيفة الكل
وفي باب الصوم لمد الحكم اليها اذ الاسم يطلق على الامساك ساعة والكعب هو العظم
الناتي هو الصحيح ومنه الكاعب قال والمفروض في مسح الراس مقدار الناصية
وهو ربع الراس لما روى المغيرة بن شعبة ان النبي عليه السلام اتى سباطة قوم
فبال وتوضا ومسح على ناصيته وخفيه والكتاب مجمل فالتحق بيانا به وهو حجة
على الشافعي رح في التقدير بثلث شعرات وعلى مالك في اشتراط الاستيعاب وفي بعض
الروايات قدره اصحابنا بثلث اصابع من اصابع اليد لانها اكثر ما هو الاصل في
آلة المسح قال وسنن الطهارة غسل اليدين قبل ادخالهما الاناء اذا استيقظ
المتوضي من نومه لقوله عليه السلام اذا استيقظ احدكم من منامه فلا يغمسن يده في الاناء
حتى يغسلها ثلثا فانه لا يدري اين باتت يده ولان اليد آلة التطهير فيسن البداءة
بتنظيفها وهذا الغسل الى الرسغ لوقوع الكفاية به في التنظيف وتسمية الله تعالى
في ابتداء الوضوء لقوله عليه السلام لا وضوء لمن لم يسم والمراد نفي الفضيلة والاصح
انها مستحبة وان سماها في الكتاب سنة ويسمي قبل الاستنجاء وبعده هو الصحيح
قال والسواك لانه عليه السلام كان يواظب عليه وعند فقده يعالج بالاصبع لانه عليه السلام
فعل كذلك والمضمضة والاستنشاق لانه عليه السلام فعلهما على المواظبة وكيفيته ان
يمضمض ثلثا ياخذ لكل مرة ماء جديدا ثم يستنشق كذلك هو المحكي من وضوئه عم
ومسح الاذنين وهو سنة عندنا بماء الراس خلافا للشافعي لقوله عم الاذنان من الراس
والمراد بيان الحكم دون الخلقة وتخليل اللحية لان النبي عم امره جبريل عم بذلك وقيل
هو سنة عند ابي يوسف جايز عند ابي حنيفة ومحمد رح لان السنة اكمال الفرض في محله
والداخل ليس بمحل وتخليل الاصابع لقوله عم خللوا اصابعكم قبل ان تتخللها نار جهنم ولانه

الى الفرض في محله وتكرار الغسل الى الثلاث لان النبي عم توضا مرة مرة وقال هذا وضوء
لا يقبل الله الصلوة الا به وتوضا مرتين مرتين وقال هذا وضوء من يضاعف الله له الاجر
مرتين وتوضا ثلثا ثلثا وقال هذا وضوئي ووضوء الانبياء من قبلي فمن زاد على هذا
او نقص فقد تعدى وظلم والوعيد لعدم رؤيته سنة **قال** ويستحب للمتوضي ان ينوي
الطهارة فالنية في الوضوء سنة عندنا وعند الشافعي رح فرض لانه عبادة فلا تصح بدون النية
كالتيمم **ولنا** انه لا يقع قربة الا بالنية ولكنه يقع مفتاحا للصلوة لوقوعه طهارة
باستعمال المطهر بخلاف التيمم لان التراب غير مطهر الا في حالة ارادة الصلوة او هو
ينبئ عن القصد ويستوعب راسه بالمسح وهو سنة وقال الشافعي رح السنة التثليث
بمياه مختلفة اعتبارا بالمغسول **ولنا** ان انسا رضي الله عنه توضا ثلثا ثلثا ومسح
براسه مرة واحدة وقال هذا وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم والذي يروى من التثليث
محمول عليه بماء واحد وهو مشروع على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله ولان المفروض هو
المسح وبالتكرار يصير غسلا فلم يكن مسنونا وصار كمسح الخف بخلاف الغسل لانه
لا يضره التكرار ويرتب الوضوء فيبدا بما بدا الله تعالى بذكره وبالميامن والترتيب
في الوضوء سنة عندنا وقال الشافعي رح فرض لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم الاية
والفا للتعقيب **ولنا** ان المذكور فيها حرف الواو وهو لمطلق الجمع باجماع اهل اللغة
فيقتضي اعقاب غسل جملة الاعضاء والبداية بالميامن فضيلة لقوله عم ان الله
يحب التيامن في كل شيء حتى التنعل والترجل **فصل في نواقض الوضوء** المعاني الناقضة
للوضوء كل ما يخرج من السبيلين لقوله تعالى او جاء احد منكم من الغائط وقوله عم
لا وضوء الا من حدث وقيل لرسول الله عم وما الحدث قال ما يخرج من السبيلين وكلمة
ما عامة فتتناول المعتاد وغيره والدم والقيح اذا خرجا من البدن وتجاوزا الى موضع
يلحقه حكم التطهير والقيء ملء الفم وقال الشافعي رح الخارج من غير السبيلين
لا ينقض الوضوء لما روي انه عم قاء فلم يتوضا ولان غسل غير موضع
الاصابة امر تعبدي فيقتصر على مورد الشرع وهو المخرج المعتاد **ولنا** قوله عم
الوضوء من كل دم سائل وقوله عم من قاء او رعف في صلوته فلينصرف وليتوضا وليبن
على صلوته ما لم يتكلم ولان خروج النجاسة مؤثر في زوال الطهارة وهذا القدر
في الاصل معقول والاقتصار على الاعضاء الاربعة غير معقول لكنه يتعدى
ضرورة تعدي الاول غير ان الخروج يتحقق الى موضع يلحقه حكم التطهير وبملء
الفم في القيء لان بزوال القشرة تظهر النجاسة في محلها فتكون بادية لا خارجة بخلاف السبيلين
لان ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة فيستدل بالظهور على الانتقال والخروج وملء

وملء الفم ان يكون بحال لا يمكن ضبطه الا بتكلف لانه يخرج ظاهرا فاعتبر خارجا
وقال زفر قليل القيء وكثيره سواء وكذا لا يشترط السيلان اعتبارا بالمخرج
المعتاد ولاطلاق قوله عم القلس حدث **ولنا** قوله عم ليس في القطرة والقطرتين
من الدم وضوء الا ان يكون سائلا وقول علي رض حين عد الاحداث جملة او دسعة
تملأ الفم واذا تعارضت الاخبار يحمل ما رواه الشافعي رح على القليل وما رواه
زفر رح على الكثير والفرق بين المسلكين ما قررناه ولو قاء
متفرقا بحيث لو جمع يملأ الفم فعند ابي يوسف يعتبر اتحاد المجلس وعند محمد يعتبر اتحاد
السبب وهو الغثيان ثم ما لا يكون حدثا لا يكون نجسا يروى ذلك عن ابي يوسف وهو
الصحيح لانه ليس بنجس حكما حيث لم ينتقض به الطهارة وهذا اذا قاء مرة او طعاما
او ماء فان قاء بلغما فغير ناقض عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف ناقض
اذا ملأ الفم والخلاف في المرتقي من الجوف اما النازل من الراس فغير ناقض بالاتفاق
لان الراس ليس بموضع النجاسة لابي يوسف انه نجس بالمجاورة ولهما انه لزج
لا تتخلله النجاسة وما يتصل به قليل والقليل في القيء غير ناقض ولو قاء دما وهو
علق يعتبر فيه ملء الفم لانه سوداء محترقة وان كان مائعا فكذلك عند محمد رحمه الله
اعتبارا بسائر انواعه وعندهما ان سال بقوة نفسه ينقض الوضوء وان كان قليلا
لان المعدة ليست بمحل الدم فيكون من قرحة في الجوف ولو نزل من الراس الى ما لان
من الانف نقض بالاتفاق لوصوله الى موضع يلحقه حكم التطهير فيتحقق
الخروج والنوم مضطجعا او متكئا او مستندا الى شيء لو ازيل لسقط لان الاضطجاع
سبب لاسترخاء المفاصل فلا يعرى عن خروج شيء عادة والثابت عادة
كالمتيقن به والاتكاء يزيل مسكة اليقظة لزوال المقعد عن الارض ويبلغ
الاسترخاء غايته بهذا النوع من الاستناد غير ان السند يمنع من السقوط
بخلاف حالة القيام والقعود والركوع والسجود في الصلوة وغيرها هو الصحيح
لان بعض الاستمساك باق اذ لو زال لسقط فلم يتم الاسترخاء والاصل فيه
قوله عم لا وضوء على من نام قائما او قاعدا او راكعا او ساجدا انما الوضوء
على من نام مضطجعا فانه اذا نام مضطجعا استرخت مفاصله والغلبة على العقل
بالاغماء والجنون لانه فوق النوم مضطجعا في الاسترخاء والاغماء حدث
في الاحوال كلها وهو القياس في النوم الا انا عرفناه بالاثر والاغماء فوقه فلا يقاس
عليه والقهقهة في كل صلوة ذات ركوع وسجود والقياس انها لا تنقض وهو قول
الشافعي رح لانه ليس بخارج نجس ولهذا لا يكون حدثا في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة

وخارج الصلاة **ولنا** قوله عليه السلام من ضحك منكم قهقهة فليعد الوضوء والصلاة
جميعا وبمثله يترك القياس والاثر ورد في صلاة مطلقة فيقتصر عليها والقهقهة
ما يكون مسموعا له ولجيرانه والضحك ما يكون مسموعا له دون جيرانه وهو على ما قيل
يفسد الصلاة دون الوضوء **قال** والدابة تخرج من الدبر ناقضة فان خرجت من رأس
الجرح او سقط اللحم عنه لا ينقض والمراد بالدابة الدودة وهذا لان النجس
ما عليها وذلك قليل وهو حدث في السبيلين دون غيرهما فاشبه الجشاء والفساء
بخلاف الريح الخارجة من القبل لانها لا تنبعث عن محل النجاسة حتى لو كانت مفضاة
يستحب لها الوضوء لاحتمال خروجها من الدبر فان قشرت نفطة فسال منها ماء
او صديد او غيره ان سال عن رأس الجرح نقض وان لم يسل لا ينقض وقال زفر ينقض
في الوجهين وقال الشافعي لا ينقض في الوجهين وهي مسئلة الخارج من غير
السبيلين وهذه الجملة نجسة لان الدم ينضج فيصير قيحا ثم يزداد نضجا فيصير
صديدا ثم يصير ماء هذا اذا قشرها فخرج بنفسه اما اذا عصرها فخرج بعصره
لا ينقض لانه مخرج وليس بخارج **فصل في الغسل** وفرض الغسل المضمضة والاستنشاق
وغسل سائر البدن وعند الشافعي هما سنتان فيه لقوله عليه السلام عشر من الفطرة اي من السنة
وذكر منها المضمضة والاستنشاق ولهذا كانا سنتين في الوضوء **ولنا** قوله تعالى
وان كنتم جنبا فاطهروا وهو امر بتطهير جميع البدن الا ان ما يتعذر ايصال الماء اليه
خارج بخلاف الوضوء لان الواجب فيه غسل الوجه والمواجهة فيهما منعدمة والمراد
بما روي حالة الحدث بدليل قوله عليه السلام انهما فرضان في الجنابة سنتان في الوضوء وسنة الغسل
ان يبدأ المغتسل فيغسل يديه وفرجه ويزيل نجاسة ان كانت على بدنه ثم يتوضأ
وضوءه للصلاة الا رجليه ثم يفيض الماء على رأسه وسائر جسده ثلاثا ثم يتنحى عن ذلك
الموضع فيغسل رجليه هكذا حكت ميمونة اغتسال رسول الله صلعم وانما يؤخر غسل
رجليه لانهما في مستنقع الماء المستعمل فلا يفيد الغسل حتى لو كان على لوح لا يؤخر
ويبدأ بازالة النجاسة الحقيقية كيلا تزداد باصابة الماء وليس على المرأة ان تنقض
ضفائرها في الغسل اذا بلغ الماء اصول الشعر لقوله عليه السلام لام سلمة رضي الله عنها
يكفيك اذا بلغ الماء اصول شعرك وليس عليها بل ذوائبها هو الصحيح بخلاف اللحية
لانه لا حرج في ايصال الماء الى اثنائها والمعاني الموجبة للغسل انزال المني على وجه
الدفق والشهوة من الرجل والمرأة حالة النوم واليقظة وعند الشافعي خروج
المني كيف ما كان يوجب الغسل لقوله عليه السلام الماء من الماء اي الغسل من المني **ولنا**
ان الامر بالتطهير يتناول الجنب والجنابة في اللغة خروج المني على وجه الشهوة يقال

اجنب الرجل اذا قضى شهوته من المرأة والحديث محمول على الخروج المني
عن شهوة ثم المعتبر عند ابي حنيفة ومحمد انفصاله عن مكانه على وجه الشهوة و
وعند ابي يوسف ظهوره ايضا اعتبارا بالخروج بالمني اذ الغسل يتعلق بهما
ولهما انه من وجب الغسل من وجه فالاحتياط في الايجاب والتقاء الختانين من غير
انزال لقوله عليه السلام اذا التقى الختانان وغابت الحشفة وجب الغسل انزل او لم ينزل ولانه
سبب للانزال ونفسه تتغيب عن بصره وقد يخفى عليه لقلته فيقام مقامه وكذا
الايلاج في الدبر لكمال السببية ويجب على المفعول به احتياطا بخلاف البهيمة وما دون
الفرج لان السببية ناقصة والحيض لقوله تعالى حتى يطهرن بالتشديد وكذلك
النفاس بالاجماع وسن رسول الله الغسل للجمعة والعيدين وعرفة والاحرام نص
على السنية وقيل هذه الاربعة مستحبة وسمى محمد الغسل في يوم الجمعة حسنا في الاصل
وقال مالك هو واجب لقوله عليه السلام من اتى الجمعة فليغتسل **ولنا** قوله عليه السلام من توضأ يوم الجمعة
فبها ونعمت ومن اغتسل فهو افضل وبهذا يحمل ما رواه على الاستحباب او على النسخ ثم هذا
الغسل للصلاة عند ابي يوسف هو الصحيح لزيادة فضيلتها على الوقت واختصاص
الطهارة بها وفيه خلاف الحسن والعيدان بمنزلة الجمعة لان فيهما الاجتماع فيستحب
الاغتسال دفعا للتأذي بالرائحة واما في عرفة والاحرام فسنبينه ان شاء الله تعالى
في المناسك وليس في المذي والودي غسل وفيهما الوضوء لقوله عليه السلام كل فحل يمذي وفيه
الوضوء والودي هو الغليظ من البول يعقب الرقيق منه خروجا فيكون معتبرا به
والمني خاثر ابيض ينكسر منه الذكر والمذي رقيق يضرب الى البياض يخرج عند ملاعبة الرجل
اهله والتفسير ماثور عن عائشة رضي الله عنها **باب الماء الذي يجوز به الوضوء وما لا يجوز** الطهارة
من الاحداث جائزة بماء السماء والاودية والعيون والآبار والبحار لقوله تعالى وانزلنا من السماء
ماء طهورا وقوله عليه السلام خلق الماء طهورا لا ينجسه شيء الا ما غير لونه او طعمه او ريحه وقوله عليه السلام
في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ومطلق الاسم ينطلق على هذه المياه ولا يجوز بماء اعتصر
من الشجر والثمر لانه ليس بماء مطلق والحكم عند فقده منقول الى التيمم والوظيفة في هذه
الاعضاء تعبدية فلا تتعدى الى غير المنصوص عليه اما الماء الذي يقطر من الكرم يجوز التوضي
به لانه ماء خرج من غير علاج ذكره في جوامع ابي يوسف وفي الكتاب اشارة اليه حيث شرط
الاعتصار لعدم الجواز ولا يجوز بماء غلب عليه غيره فاخرجه عن طبع الماء كالاشربة
والخل وماء الورد وماء الباقلاء والمرق وماء الزردج لانه لا يسمى ماء مطلقا والمراد
بالباقلاء ما تغير بالطبخ فان تغير بدون الطبخ يجوز التوضي به ويجوز الطهارة
بماء خالطه شيء طاهر فغير احد اوصافه كماء المد والماء الذي اختلط به الزعفران
او الصابون او الاشنان قال رحمه الله اجرى في المختصر ماء الزردج مجرى المرق

والمروي عن ابي يوسف رح انه يجوز بماء الزعفران وهو الصحيح كذا اختاره الناطفي
والامام شمس الائمة السرخسي رح وقال الشافعي لا يجوز التوضي بماء الزعفران
واشباهه مما ليس من جنس الارض لانه ماء مقيد الا يرى انه يقال ماء الزعفران
بخلاف اجزاء الارض لان الماء لا يخلو عنها عادة ولنا ان اسم الماء باق على الاطلاق الا يرى
انه لم يتجدد له اسم على حدة واضافته الى الزعفران كاضافته الى البئر والعين
ولان الخلط القليل لا معتبر به لعدم امكان الاحتراز عنه كما في اجزاء الارض فيعتبر
الغالب والغلبة بالاجزاء لا بتغير اللون هو الصحيح وان تغير بالطبخ بعد ما خلط
غيره لا يجوز التوضي به لانه لم يبق في معنى المنزل من السماء اذ النار غيرته الا اذا
طبخ فيه ما يقصد به المبالغة في النظافة كالاشنان ونحوه لان الميت يغسل
بالماء الذي اغلي بالسدر بذلك وردت السنة الا ان يغلب ذلك على الماء فيصير
كالسويق المخلوط لزوال اسم الماء عنه فكل ماء وقعت فيه النجاسة لم يجز الوضوء به
قليلا كانت النجاسة او كثيرا وقال مالك يجوز ما لم يتغير احد اوصافه لما روينا
وقال الشافعي يجوز اذا كان الماء قلتين لقوله عم اذا بلغ الماء قلتين لا يحمل خبثا
ولنا حديث المستيقظ من منامه وقوله عم لا يبولن احدكم في الماء الدائم ولا
يغتسلن فيه من الجنابة من غير فصل والذي رواه مالك ورد في بئر بضاعة
وماؤها كان جاريا في البساتين وما رواه الشافعي رح ضعفه ابو داود وهو
يضعف عن احتمال النجاسة والماء الجاري اذا وقعت فيه نجاسة جاز الوضوء به
اذا لم ير لها اثر لانها لا تستقر مع جريان الماء والاثر هو الطعم او الرائحة او اللون
والجاري ما لا يتكرر استعماله وقيل ما يذهب بتبنة والصحيح انه ما يعده الناس
جاريا فهو جار والغدير العظيم الذي لا يتحرك احد طرفيه بتحريك الطرف الاخر اذا
وقعت نجاسة في احد جانبيه جاز الوضوء من الجانب الاخر لان الظاهر
ان النجاسة لا تصل اليه اذ اثر التحريك في السراية فوق اثر النجاسة ثم عن ابي حنيفة رح
انه يعتبر التحريك بالاغتسال وهو قول ابي يوسف وعنه التحريك باليد وعن محمد رح
بالتوضي ووجه الاول ان الحاجة اليه في الحياض اشد منها الى التوضي وبعضهم
قدروا ذلك بالمساحة عشرا في عشر بذراع الكرباس توسعة للامر على الناس
وعليه الفتوى والمعتبر في العمق ان يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف وهو الصحيح وقوله
في الكتاب جاز الوضوء من الجانب الاخر اشارة الى انه ينجس موضع الوقوع وعن
ابي يوسف رح انه لا ينجس الا بظهور اثر النجاسة فيه كالماء الجاري وموت ما ليس له نفس
سائلة في الماء لا ينجسه كالبق والذباب والزنابير والعقرب والعقارب
ونحوها وقال الشافعي رح يفسده لان التحريم لا بطريق الكرامة اية النجاسة بخلاف

ه بخلاف دودة الخل وسوس الثمار لان فيه ضرورة ولنا قوله عم فيه هذا هو الحلال
اكله وشربه والوضوء منه ولان المنجس هو اختلاط الدم المسفوح باجزائه
عند الموت حتى حل المذكى وطهر لانعدام الدم فيه ولا دم فيها والحرمة
ليست من ضرورتها النجاسة كالطين وموت ما يعيش فيه لا يفسده كالسمك
والضفدع والسرطان وقال الشافعي يفسده الا السمك لما مر ولنا انه مات في
معدنه فلا يعطى له حكم النجاسة كبيضة حال مخها دما ولانه لا دم فيها اذ الدموي
لا يسكن الماء والدم هو المنجس وفي غير الماء قيل غير السمك يفسده لانعدام المعدن
وقيل لا يفسده لانعدام الدم وهو الاصح والضفدع البحري والبري سواء وقيل
البري مفسد لوجود الدم وعدم المعدن وما يعيش في الماء ما يكون توالده
ومثواه في الماء ومائي المعاش دون مائي المولد مفسد والماء المستعمل لا يطهر
الاحداث خلافا لمالك والشافعي هما يقولان ان الطهور ما يطهر غيره مرة بعد اخرى
كالقطوع وقال زفر رح وهو احد قولي الشافعي ان كان المستعمل متوضيا فهو
طاهر وطهور وان كان محدثا فهو طاهر غير طهور لان العضو طاهر حقيقة
وباعتباره يكون الماء طاهرا وطهورا لكنه نجس حكما وباعتباره يكون الماء
نجسا فقلنا بانتفاء الطهورية وبقاء الطهارة عملا بالشبهين وقال محمد رح وهو
رواية عن ابي حنيفة رح هو طاهر غير طهور لان ملاقاة الطاهر الطاهر لا توجب التنجيس
الا انه اقيمت به قربة فتغيرت به صفته كمال الصدقة وقال ابو حنيفة رح وابو يوسف رح
هو نجس لقوله عم لا يبولن احدكم في الماء الدائم الحديث ولانه ماء ازيلت به النجاسة
الحكمية فيعتبر بماء ازيلت به النجاسة الحقيقية ثم في رواية الحسن عن ابي حنيفة نجاسة
غليظة اعتبارا بالمستعمل في النجاسة الحقيقية وفي رواية عن ابي يوسف رح عنه
وهو قوله خفيفة لمكان الاختلاف والماء المستعمل هو ماء ازيل به حدث او استعمل في البدن
على وجه القربة قال رضي الله عنه وهذا قول ابي يوسف رح وقيل هو قول ابي حنيفة
ايضا وقال محمد رح لا يصير الماء مستعملا الا باقامة القربة لان الاستعمال بانتقال
نجاسة الاثام اليه وانها تزال بالقرب وابو يوسف رح يقول اسقاط الفرض موثر
ايضا فيثبت الفساد بالامرين ومتى يصير مستعملا الصحيح انه كما زايل العضو صار
مستعملا لان سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة بعده
والجنب اذا انغمس في البئر لطلب الدلو فعند ابي يوسف رح الرجل بحاله لانعدام الصب
وهو شرط عنده لاسقاط الفرض والماء بحاله لانعدام الامرين وعند محمد كلاهما طاهران
الرجل لعدم اشتراط الصب والماء لعدم نية التقرب وعند ابي حنيفة رح كلاهما
نجسان الماء لاسقاط الفرض عن البعض باول الملاقاة والرجل لبقاء الحدث في بقية الاعضاء

وقيل عنده نجاسة الرجل بنجاسة الماء المستعمل وعندهما الرجل طاهر لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو اوفق الروايات عنه **قال** وكل اهاب دبغ فقد طهر وجازت الصلاة فيه والوضوء منه الا جلد الخنزير والآدمي لقوله عم ايما اهاب دبغ فقد طهر وهو بعمومه حجة على مالك رح في جلد الميتة ولا يعارض بالنهي الوارد عن الانتفاع من الميتة باهاب لانه اسم لغير المدبوغ وحجة على الشافعي رح في جلد الكلب وليس الكلب بنجس العين الا يرى انه ينتفع به حراسة واصطيادا والفيل كالخنزير لانه نجس العين عند محمد رح والآدمي لكرامته اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس منصرف الى الخنزير لقربه وحرمة الانتفاع باجزاء الآدمي لكرامته فخرجا عما روينا ثم ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ وان كان تشميسا وتتريبا لان المقصود يحصل به فلا معنى لاشتراط غيره وما يطهر جلده بالدباغ يطهر بالذكوة لانها تعمل عمل الدباغ في ازالة الرطوبات النجسة وكذلك يطهر لحمه هو الصحيح وان لم يكن مأكولا وشعر الميتة وعظمها طاهر وقال الشافعي رح نجس لانه من اجزاء الميتة **ولنا** انه لا حيوة فيهما ولهذا لا يتألم بقطعهما فلا يحلهما الموت اذ الموت زوال الحيوة وشعر الانسان وعظمه طاهر وقال الشافعي نجس لانه لا ينتفع به ولا يجوز بيعه **ولنا** ان حرمة عدم الانتفاع والبيع لكرامته فلا يدل على نجاسته **فصل في البئر** واذا وقعت في البئر نجاسة نزحت وكان نزح ما فيها من الماء طهارة لها باجماع السلف ومسائل البئر مبنية على اتباع الآثار دون القياس فان وقعت فيها بعرة او بعرتان من بعر الابل او الغنم لم يفسد الماء استحسانا والقياس ان يفسد لوقوع النجاسة في الماء القليل وجه الاستحسان ان ابار الفلوات ليست لها رؤس حاجزة والمواشي تبعر حولها وتلقيها الريح فيها فجعل القليل عفوا للضرورة ولا ضرورة في الكثير وهو ما يستكثره الناظر في المروي عن ابي حنيفة وعليه الاعتماد ولا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمنكسر والروث والخثي والبعر لان الضرورة تشمل الكل وفي الشاة تبعر في المحلب بعرة او بعرتين قالوا ترمى ويشرب اللبن لمكان الضرورة ولا يعفى عن القليل في الاناء على ما قيل لعدم الضرورة وعن ابي حنيفة رح انه كالبئر في حق البعرة والبعرتين فان وقع فيها خرء الحمام والعصفور لا يفسده خلافا للشافعي **له** انه استحال الى نتن وفساد فاشبه خرء الدجاج **ولنا** اجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد مع ورود الامر بتطهيرها واستحالته لا الى نتن رائحة فاشبه الحماة فان بالت فيها شاة نزح الماء كله عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد لا ينزح الا اذا غلب على الماء فيخرج من ان يكون طهورا واصله ان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده نجس عندهما **له** ان النبي عم امر العرنيين بشرب ابوال الابل والبانها **ولهما** قوله عم استنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه ولانه يحيل الى

الى نتن وفساد فصار كبول ما لا يؤكل لحمه وتأويل ما روي انه عم عرف شفاءهم فيه وحيا ثم عند ابي حنيفة رح لا يحل شربه للتداوي لانه لا يتيقن بالشفاء فيه فلا يعرض عن الحرمة وعند ابي يوسف رح يحل للتداوي للقصة وعند محمد يحل للتداوي وغيره لطهارته عنده وان ماتت فيها فارة او عصفورة او صعوة او سودانية او سام ابرص نزح منها عشرون دلوا الى ثلثين بحسب كبر الدلو وصغرها يعني بعد اخراج الفارة لحديث انس رح انه قال في الفارة ماتت في البئر واخرجت من ساعتها ينزح منها عشرون دلوا والعصفورة ونحوها يعادل الفارة في الجثة فاخذت حكمها والعشرون بطريق الايجاب والثلثون بطريق الاستحباب **قال** فان ماتت فيها حمامة او نحوها كالدجاجة والسنور نزح منها ما بين اربعين الى ستين وفي الجامع الصغير اربعون او خمسون وهو الاظهر لما روي عن ابي سعيد الخدري انه قال في الدجاجة اذا ماتت في البئر ينزح منها اربعون دلوا وهذا لبيان الايجاب والخمسون بطريق الاستحباب ثم المعتبر في كل بئر دلوها الذي يستقى به الماء وقيل دلو يسع فيه صاع ولو نزح بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلوا جاز لحصول المقصود **قال** وان ماتت فيها شاة او آدمي او كلب نزح جميع ما فيها من الماء لان ابن عباس وابن الزبير افتيا بنزح الماء كله حين مات زنجي في بئر زمزم فان انتفخ الحيوان او تفسخ نزح جميع ما فيها صغر الحيوان او كبر لانتشار البلة في اجزاء الماء وان كانت البئر معينا لا يمكن نزحها اخرجوا مقدار ما كان فيها من الماء وطريق معرفته ان يحفر حفيرة مثل موضع الماء من البئر ويصب فيها ما ينزح منها الى ان تمتلئ او ترسل فيها قصبة ويجعل لمبلغ الماء علامة ثم ينزح منها مثلا عشر دلاء ثم تعاد القصبة فينظر كم انتقص فينزح لكل قدر منها عشر دلاء وهذان عن ابي يوسف رح وعن محمد رح ماتنا دلو الى ثلثمائة فكانه بنى جوابه على ما شاهد انه في بلده وعن ابي حنيفة رح في الجامع الصغير في مثله ينزح حتى يغلبهم الماء ولم يقدر الغلبة بشيء كما هو دأبه وقيل يؤخذ بقول رجلين لهما بصارة في امر الماء وهذا اشبه بالفقه وان وجد في البئر فارة او غيرها ولا يدرى متى وقعت ولم تنتفخ اعادوا صلوة يوم وليلة اذا كانوا توضؤا منها وغسلوا كل شيء اصابه ماؤها وان كانت قد انتفخت او تفسخت اعادوا صلوة ثلثة ايام ولياليها في قول ابي حنيفة وقالا ليس عليهم اعادة شيء حتى يتحققوا متى وقعت لان اليقين لا يزال بالشك وصار كمن راى في ثوبه نجاسة لا يدري متى اصابته **ولابي حنيفة** ان للموت سببا ظاهرا وهو الوقوع في الماء فيحال به عليه الا ان الانتفاخ

دليل التقادم فيقدر بالثلث وعدم الانتفاخ دليل قرب العهد فقدرناه بيوم وليلة لان ما دونه ذلك ساعات لا يمكن ضبطها واما مسئلة النجاسة فقد قال المعلى هي على الخلاف فيقدر بالثلث في البالية ويوم وليلة في الطرية ولو علم فالثوب برأي عينه والبالي غاية عن نعهده فيبقى غالبا

فصل في الاسآر وغيرها

وعرق كل شيء معتبر بسؤره لانهما يتولدان من لحمه فلنذكر احكام صاحبه وسؤر الادمي وما يؤكل لحمه طاهر لان المختلط به اللعاب وقد تولد من لحم طاهر فيكون طاهرا ويدخل في هذا الجواب الجنب والحائض والكافر وسؤر الكلب نجس ويغسل الاناء ولو غسل ثلثا لقوله عم يغسل الاناء من ولوغ الكلب ثلثا ولسانه يلاقي الماء دون الاناء فاذا تنجس الاناء فالماء اولى وهذا يفيد النجاسة والعدد في الغسل وهو حجة على الشافعي رح في اشتراط السبع ولانه ما يصيب بقوله يطهر بالثلث فيما يصيبه سؤره وهو دونه اولى والامر الوارد بالسبع محمول على ابتداء الاسلام وسؤر الخنزير نجس لانه نجس العين على ما مر وسؤر سباع البهائم نجس خلافا للشافعي رح فيما سوى الكلب والخنزير لان لحمها نجس ومنه يتولد اللعاب وهو المعتبر في الباب وسؤر الهرة طاهر مكروه وعن ابي يوسف انه غير مكروه لان النبي عم كان يصغي لها الاناء فتشرب منه ثم يتوضا به ولهما قوله عم الهرة سبع والمراد بيان الحكم دون الخلقة والصورة الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة وما رواه محمول على ما قبل التحريم ثم قيل كراهته لحرمة اللحم وقيل لعدم تحاميها النجاسة وهذا يشير الى التنزه والاول الى القرب من التحريم ولو اكلت فارة ثم شربت على فورها الماء تنجس الا اذا مكثت ساعة لغسلها فمها بلعابها والاستثناء على مذهب ابي حنيفة وابي يوسف رح ويسقط اعتبار الصب عند ابي يوسف للضرورة **قال** وسؤر الدجاجة المخلاة مكروه لانها تخالط النجاسة ولو كانت محبوسة بحيث لا يصل منقارها الى ما تحت قدميها لا يكره لوقوع الامن عن المخالطة وكذا سؤر سباع الطير لانها تاكل الميتات فاشبهت المخلاة وعن ابي يوسف انها اذا كانت محبوسة يعلم صاحبها انه لا قذر على منقارها لا يكره واستحسن المشايخ هذه الرواية **قال** وسؤر ما يسكن في البيوت كالحية والفارة مكروه لان حرمة اللحم اوجبت نجاسة السؤر الا انه سقطت النجاسة لعلة الطوف فبقيت الكراهة والتنبيه على العلة في الهرة **قال** وسؤر الحمار والبغل مشكوك فيه وقيل الشك في طهارته لانه لو كان طاهرا لكان طهورا ما لم يغلب اللعاب على الماء وقيل الشك في طهوريته لانه لو وجد الماء المطلق لا يجب عليه غسل رأسه وكذا لبنه طاهر وعرقه لا يمنع جواز الصلوة وان فحش وكذا سؤره وهو الاصح ويروى

نص محمد رح على طهارته وسبب الشك تعارض الادلة في اباحته وحرمته او اختلاف الصحابة في طهارته ونجاسته وعن ابي حنيفة انه نجس ترجيحا للحرمة والنجاسة والبغل من نسل الحمار فيكون بمنزلته فان لم يجد غيرهما يتوضا بهما ويتيمم ويجوز ايهما قدم وقال زفر رح لا يجوز الا ان يقدم الوضوء لانه ماء واجب الاستعمال فاشبه الماء المطلق ولنا ان المطهر احدهما فيفيد الجمع دون الترتيب **قال** وسؤر الفرس طاهر عندهما لان لحمه ماكول وكذا عنده في الصحيح لان الكراهية لاظهار شرفه فان لم يجد الا نبيذ التمر قال ابو حنيفة رح يتوضا به ولا يتيمم لحديث ليلة الجن فان النبي عم توضا به حين لم يجد الماء وقال ابو يوسف رح يتيمم ولا يتوضا به وهو رواية عن ابي حنيفة رح وبه قال الشافعي عملا باية التيمم لانها اقوى او هو منسوخ بها لانها مدنية وليلة الجن كانت مكية وقال محمد يتوضا به ويتيمم لان في الحديث اضطرابا وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع احتياطا **قلنا** ليلة الجن كانت غير واحدة فلا يصح دعوى النسخ باية التيمم والحديث مشهور عملت به الصحابة وبمثله يزاد على الكتاب واما الاغتسال به فقد قيل يجوز عنده اعتبارا بالوضوء وقد قيل لا يجوز لانه فوقه والنبيذ المختلف فيه ان يكون حلوا رقيقا يسيل على الاعضاء كالماء وما اشتد منه صار حراما لا يجوز التوضي به وان غيرته النار فما دام حلوا فهو على هذا الخلاف وان اشتد فعند ابي حنيفة يجوز التوضي به لانه يحل شربه عنده وعند محمد رح لا يتوضا به لحرمة شربه عنده ولا يجوز التوضي بما سواه من الانبذة جريا على قضية القياس

باب التيمم

ومن لم يجد الماء وهو مسافر او خارج المصر بينه وبين المصر ميل او اكثر يتيمم بالصعيد لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وقوله عم التراب طهور المسلم ولو الى عشر حجج ما لم يجد الماء والميل هو المختار في المقدار لانه يلحقه الحرج بدخول المصر والماء معدوم حقيقة والمعتبر المسافة دون خوف الفوت لان التفريط يأتي من قبله ولو كان يجد الماء الا انه مريض يخاف ان استعمل الماء اشتد مرضه يتيمم لما تلونا ولان الضرر في زيادة المرض فوق الضرر في زيادة ثمن الماء وذلك يبيح التيمم فهذا اولى ولا فرق بين ان يشتد مرضه بالتحرك او بالاستعمال واعتبر الشافعي رح خوف التلف وهو مردود بظاهر النص ولو خاف الجنب ان اغتسل بالماء ان يقتله البرد او يمرضه يتيمم بالصعيد وهذا اذا كان خارج المصر لما بينا ولو كان في المصر وكذلك عند ابي حنيفة رح خلافا لهما هما يقولان ان تحقق هذه الحالة نادر في المصر فلا يعتبر وله ان العجز ثابت حقيقة فلا بد من اعتباره والتيمم ضربتان

يمسح باحدهما وجهه وبالاخرى يديه الى المرفقين لقوله عليه السلام التيمم ضربتان ضربة للوجه
وضربة لليدين الى المرفقين وينفض يديه بقدر ما يتناثر التراب كيلا يصير مثلة
ولا بد من الاستيعاب في ظاهر الرواية لقيامه مقام الوضوء ولهذا قالوا يخلل الاصابع
وينزع الخاتم ليتم المسح والحدث والجنابة فيه سواء وكذا الحيض والنفاس لما روي
ان قوما جاؤا الى النبي عم وقالوا انا قوم نسكن هذه الرمال ولا نجد الماء شهرا
او شهرين وفينا الجنب والحائض والنفساء فقال عم عليكم بارضكم ويجوز التيمم
عند ابي حنيفة ومحمد رح بكل ما كان من جنس الارض كالتراب والرمل والحجر والجص والنورة
والكحل والزرنيخ وقال ابو يوسف رح لا يجوز الا بالتراب والرمل خاصة وقال
الشافعي رح لا يجوز الا بالتراب وهو رواية عن ابي يوسف رح لقوله تعالى فتيمموا صعيدا
طيبا اي ترابا منبتا هكذا قاله ابن عباس رض وعنه ان ابا يوسف رح زاد عليه الرمل
بالحديث الذي رويناه **ولهما** ان الصعيد اسم لوجه الارض سمي به لصعوده والطيب
يحتمل الطاهر فحمل عليه لانه اليق بموضع الطهارة او هو مراد بالاجماع ثم لا يشترط
ان يكون عليه غبار عند ابي حنيفة رح لاطلاق ما تلونا وكذا يجوز بالغبار مع القدرة
على الصعيد عند ابي حنيفة ومحمد رح لانه تراب رقيق والنية فرض في التيمم وقال
زفر رح ليست بفرض لانه خلف عن الوضوء فلا يخالفه في وصفه **ولنا** انه ينبئ
ولا يتحقق دونها او جعل طهورا في حالة مخصوصة والماء طهور بنفسه على ما مر ثم اذا
نوى الطهارة او استباحة الصلوة اجزاه ولا يشترط نية التيمم للحدث او للجنابة
هو الصحيح من المذهب فان تيمم نصراني يريد به الاسلام ثم اسلم لم يكن متيمما
عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف هو متيمم لانه نوى قربة مقصودة بخلاف
التيمم لدخول المسجد ومس المصحف لانه ليس بقربة مقصودة **ولهما** ان التراب
ما جعل طهورا الا في حالة ارادة القربة مقصودة لا تصح بدون الطهارة
والاسلام قربة تصح بدونها بخلاف سجدة التلاوة لانها قربة مقصودة لا تصح
بدون الطهارة وان توضأ لا يريد به الاسلام ثم اسلم فهو متوضئ خلافا للشافعي
بناء على اشتراط النية فان تيمم مسلم ثم ارتد والعياذ بالله ثم اسلم فهو على تيممه
وقال زفر رح بطل تيممه لان الكفر ينافيه فيستوي فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية
في النكاح **ولنا** ان الباقي صفة كونه طاهرا فاعتراض الكفر لا ينافيه كما لو اعترض
على الوضوء وانما لا يصح من الكافر ابتداء لانعدام النية منه وينقض التيمم كل شيء
ينقض الوضوء لانه خلف عنه فاخذ حكمه وينقضه ايضا رؤية الماء اذا قدر على
استعماله لان القدرة هي المراد بالوجود الذي هو غاية لطهورية التراب

وخائف السبع والعدو والعطش عاجز حكما والنائم عند ابي حنيفة رح قادر تقديرا
حتى لو مر على الماء بطل تيممه والمراد من الماء ما يكفي للوضوء لانه لا معتبر بما دونه
ابتداء فكذا انتهاء ولا يتيمم الا بصعيد طاهر لان الطيب اريد به الطاهر ولانه آلة
التطهير فلا بد من طهارته في نفسه كالماء ويستحب لعادم الماء وهو يرجوه ان
يؤخر الصلوة الى آخر الوقت فان وجد الماء توضأ والا تيمم وصلى
ليقع الاداء باكمل الطهارتين وصار كالطامع في الجماعة وعن ابي حنيفة وابي
يوسف رح في غير رواية الاصول ان التاخير حتم لان غالب الرأي كالمتحقق وجه
الظاهر ان العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله ويصلي بتيممه ما شاء
من الفرائض والنوافل وعند الشافعي رح يتيمم لكل فرض لانه طهارة ضرورية **ولنا**
انه طهور حال عدم الماء فيعمل عمله ما بقي شرطه ويتيمم الصحيح في المصر اذا حضرت جنازة
والولي غيره فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته الصلوة لانها لا تقضى فيتحقق
العجز وكذلك من حضر العيد فخاف ان اشتغل بالطهارة ان تفوته الصلوة يتيمم
لانها لا تعاد وقوله والولي غيره اشارة الى انه لا يجوز للولي وهو رواية الحسن
عن ابي حنيفة رح وهو الصحيح لان للولي حق الاعادة فلا فوات في حقه وان احدث الامام
او المقتدي في صلوة العيد تيمم وبنى عند ابي حنيفة رح وقالا لا يتيمم للبناء لان اللاحق
يصلي بعد فراغ الامام فلا يخاف الفوت **وله** ان الخوف باق لانه يوم زحمة فيعتريه
عارض يفسد عليه صلوته والخلاف فيما اذا شرع بالوضوء ولو شرع بالتيمم تيمم وبنى بالاتفاق
لانا لو اوجبنا الوضوء يكون واجدا للماء في خلال الصلوة فتفسد صلوته ولا يتيمم
للجمعة وان خاف الفوت لو توضأ فان ادرك الجمعة صلاها والا صلى الظهر اربعا
لانها تفوت الى خلف وهو الظهر بخلاف العيد وكذا اذا خاف فوت الوقت لو توضأ
لم يتيمم ويتوضأ ويقضي ما فاته لان الفوات الى خلف وهو القضاء والمسافر اذا
نسي الماء في رحله فتيمم وصلى ثم ذكر الماء لم يعدها عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف يعيدها والخلاف فيما اذا وضعه بنفسه او وضعه غيره بامره وذكره
في الوقت وبعده سواء له انه واجد للماء فصار كما اذا كان في رحله ثوب فنسيه ولان رحل
المسافر معدن للماء عادة فيفترض الطلب **ولهما** انه لا قدرة بدون العلم وهو المراد
بالوجود وماء الرحل معد للشرب لا للاستعمال ومسئلة الثوب على الاختلاف ولو كان
على الاتفاق ففرض الستر يفوت لا الى خلف والطهارة بالماء تفوت الى خلف وهو
التيمم وليس على المتيمم طلب الماء اذا لم يغلب على ظنه ان بقربه ماء لان الغالب عدم الماء
في الفلوات ولا دليل على الوجود فلم يكن واجدا للماء وان غلب على ظنه ان هناك

سالم يجز له ان يتيمم حتى يطلبه لانه واجد للماء نظرا الى الدليل ثم يطلبه مقدار الغلوة ولا يبلغ
ميلا كيلا ينقطع عن رفقته وان كان مع رفيقه ماء طلبه منه قبل ان يتيمم لعدم المنع غالبا
فان منعه منه تيمم لتحقق العجز ولو تيمم قبل الطلب اجزاه عند ابي حنيفة رح لانه لا يلزمه
الطلب من ملك الغير وقالا لا يجزيه لان الماء مبذول عادة ولو ابى ان يعطيه الا بثمن
المثل وعنده ثمنه لا يجزيه التيمم لتحقق القدرة ولا يلزمه تحمل الغبن الفاحش
لان الضرر مسقط **باب المسح** المسح على الخفين جائز بالسنة والاخبار فيه
مستفيضة حتى قيل ان من لم يره كان مبتدعا لكن من رآه ثم لم يمسح اخذا بالعزيمة
كان ماجورا ويجوز من كل حدث موجب للوضوء اذا لبسهما على طهارة كاملة ثم احدث
خصه بحدث موجب للوضوء لانه لا مسح من الجنابة على ما يجيء ان شاء الله تعالى بحدث
متاخر عن اللبس لان الخف عهد مانعا ولو جوزناه بحدث سابق كالمستحاضة اذا لبست
ثم خرج الوقت والمتيمم اذا لبس ثم راى الماء كان رافعا وقوله اذا لبسهما على طهارة
كاملة لا يفيد اشتراط الكمال وقت اللبس بل وقت الحدث وهو المذهب عندنا حتى
لو غسل رجليه ولبس خفيه ثم اكمل الطهارة ثم احدث يجزيه المسح وهذا لان الخف
مانع حلول الحدث بالقدم فيراعى كمال الطهارة وقت المنع حتى لو كانت ناقصة عند ذلك
كان الخف رافعا ويجوز للمقيم يوما وليلة وللمسافر ثلثة ايام ولياليها لقوله عم
يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلثة ايام ولياليها وابتداؤها عقيب الحدث لان الخف
مانع سراية الحدث فتعتبر المدة من وقت المنع والمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع
يبدا من قبل الاصابع الى الساق لحديث المغيرة رض ان النبي عم وضع يديه على خفيه
ومدهما من الاصابع الى اعلاهما مسحة واحدة وكاني انظر الى اثر المسح على خف
رسول الله عم خطوطا بالاصابع ثم المسح على ظاهرهما حتم حتى لا يجوز على باطن الخف
وعقبه وساقه لانه معدول به عن القياس فيراعى جميع ما ورد به النص والبداية
من الاصابع استحباب اعتبارا بالاصل وهو الغسل وفرض ذلك قدر ثلث اصابع اليد
وقال الكرخي من اصابع الرجل والاول اصح اعتبارا لالة المسح ولا يجوز المسح على
خف فيه خرق كبير يبين منه مقدار ثلث اصابع من اصابع الرجل وان كان اقل من ذلك
جاز وقال زفر والشافعي رح لا يجوز وان قل لانه لما وجب غسل البادي يجب غسل
الباقي لتعذر الجمع بينهما **ولنا** ان خفاف الناس لا تخلو عن قليل خرق عادة فيلحقهم
الحرج في النزع فيخلو عن كثير فلا حرج والكبير ان ينكشف منه قدر ثلث اصابع
الرجل اصغرها هو الصحيح لان الاصل في القدم هو الاصابع والثلث اكثرها فيقام
مقام الكل والاعتبار بالاصغر للاحتياط ولا معتبر بدخول الانامل اذا كان لا ينفع

لا يخرج عند المشي ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة فيجمع الخرق في خف واحد
ولا يجمع في خفين لان الخرق في احدهما لا يمنع قطع السفر بالاخر بخلاف النجاسة المتفرقة
لانه حامل للكل وانكشاف العورة نظير النجاسة ولا يجوز المسح لمن وجب عليه الغسل
لحديث صفوان بن عسال رض قال كان النبي عم يامرنا اذا كنا سفرا ان لا ننزع خفافنا ثلثة
ايام ولياليها الا عن جنابة ولكن عن بول او غائط او نوم ولان الجنابة لا تتكرر عادة فلا حرج
في النزع بخلاف الحدث لانه يتكرر وينقض المسح كل شيء ينقض الوضوء لانه بعض الوضوء
وينقضه ايضا نزع الخفين لسراية الحدث الى القدم حيث زال المانع وكذا نزع احدهما لتعذر
الجمع بين الغسل والمسح في وظيفة واحدة وكذا مضي المدة لما روينا واذا مضت المدة
نزع خفيه وغسل رجليه وصلى وليس عليه اعادة بقية الوضوء وكذا اذا نزع قبل مضي المدة
لان عند النزع يسري الحدث السابق الى القدمين كانه لم يغسلهما وحكم النزع يثبت
بخروج القدم الى الساق لانه لا معتبر به في حق المسح وكذا باكثر القدم هو الصحيح
ومن ابتدا المسح وهو مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة مسح ثلثة ايام ولياليها عملا باطلاق
الحديث ولانه حكم متعلق بالوقت فيعتبر فيه اخره بخلاف ما اذا استكمل المدة ثم سافر
لان الحدث قد سرى الى القدم والخف ليس برافع ولو اقام وهو مسافر ان استكمل مدة
الاقامة نزع خفيه لان رخصة السفر لا تبقى بدونه وان لم يستكمل اتمها لان هذه
مدة الاقامة وهو مقيم ومن لبس الجرموق فوق الخف مسح عليه خلافا للشافعي فانه
يقول البدل لا يكون له بدل **ولنا** ان النبي عم مسح على الجرموقين ولانه تبع للخف
استعمالا وغرضا فصار كخف ذي طاقين وهو بدل عن الرجل لا عن الخف بخلاف
ما اذا لبس الجرموق بعدما احدث لان الحدث حل بالخف فلا يتحول الى غيره
ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح لانه لا يصلح بدلا عن الرجل الا ان تنفذ البلة
الى الخف ولا يجوز المسح على الجوربين عند ابي حنيفة رح الا ان يكونا مجلدين او منعلين
وقالا يجوز اذا كانا ثخينين لا يشفان لما روي ان النبي عم مسح على جوربيه ولانه
يمكنه المشي فيه اذا كان ثخينا وهو ان يستمسك على الساق من غير ان تربط بشيء
فاشبه الخف **وله** انه ليس في معنى الخف لانه لا يمكن مواظبة المشي فيه الا اذا كان
منعلا وهو محمل الحديث وعنه انه رجع الى قولهما وعليه الفتوى ولا يجوز المسح على
العمامة والقلنسوة والبرقع والقفازين لانه لا حرج في نزع هذه الاشياء
والرخصة لدفع الحرج ويجوز المسح على الجبائر وان شدها على غير وضوء لانه عم
فعل ذلك وامر عليا به ولان الحرج فيه فوق الحرج في نزع الخف فكان اولى
بشرع المسح ويكتفى بالمسح على اكثرها ذكره الحسن رح ولا يتوقت لعدم التوقيف

بالتوقيت وان سقطت الجبيرة عن غير برء لا يبطل المسح لان العذر قائم والمسح عليها كالغسل
لما تحتها ما دام العذر باقيا وان سقطت عن برء بطل لزوال العذر وان كان في الصلاة استقبل
لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل **باب الحيض** اقل الحيض ثلاثة ايام ولياليها
وما نقص من ذلك فهو استحاضة لقوله عم اقل الحيض للجارية البكر والثيب ثلاثة ايام ولياليها
واكثره عشرة ايام وهو حجة على الشافعي رح في التقدير بيوم وليلة وعن ابي يوسف رح يومان
والاكثر من اليوم الثالث اقامة للاكثر مقام الكل **قلنا** هذا نقص عن تقدير الشرع واكثره
عشرة ايام والزائد استحاضة لما روينا وهو حجة على الشافعي في التقدير بخمسة عشر يوما
ثم الزائد والناقص استحاضة لان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به وما تراه المرأة
من الحمرة والكدرة والصفرة في ايام الحيض حيض حتى ترى البياض خالصا وقال ابو يوسف
لا تكون الكدرة حيضا الا بعد الدم لانه لو كان من الرحم لتأخر خروج الكدرة عن الصافي
ولهما ما روي ان عائشة رضي الله عنها جعلت ما سوى البياض الخالص حيضا وهذا لا يعرف الا سماعا
وفم الرحم منكوس فيخرج الكدر اولا كالجرة اذا ثقب اسفلها واما الخضرة فالصحيح
ان المرأة اذا كانت من ذوات الاقراء تكون حيضا وتحمل على فساد الغذاء وان كانت
كبيرة لا ترى غير الخضرة تحمل على فساد المنبت فلا تكون حيضا والحيض يسقط
عن الحائض الصلاة ويحرم عليها الصوم وتقضي الصوم ولا تقضي الصلاة لقول
عائشة رضي الله عنها كانت احدانا على عهد رسول الله عم اذا طهرت من حيضها تقضي الصيام
ولا تقضي الصلاة ولان في قضاء الصلاة حرجا لتضاعفها ولا حرج في قضاء الصوم
ولا تدخل المسجد وكذا الجنب لقوله عم فاني لا احل المسجد لحائض ولا جنب وهو
باطلاقه حجة على الشافعي في اباحة الدخول على وجه العبور والمرور ولا تطوف
بالبيت لان الطواف في المسجد ولا يأتيها زوجها لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى
يطهرن وليس للحائض والجنب والنفساء قراءة القرآن لقوله عم لا تقرأ الحائض
ولا الجنب شيئا من القرآن وهو حجة على مالك في الحائض وهو باطلاقه يتناول ما دون
الآية فيكون حجة على الطحاوي في اباحته وليس لهم مس المصحف الا بغلافه ولا اخذ درهم
فيه سورة من القرآن الا بصرته وكذا المحدث لا يمس المصحف الا بغلافه لقوله عم لا يمس
القرآن الا طاهر ثم الحدث والجنابة حلا اليد فيستويان في حكم المس والجنابة حلت
الفم دون الحدث فيفترقان في حكم القراءة وغلافه ما يكون متجافيا عنه دون ما هو
متصل به كالجلد المشرز هو الصحيح ويكره مسه بالكم هو الصحيح لانه تابع له
بخلاف كتب الشريعة لاهلها حيث يرخص في مسها بالكم لان فيه ضرورة ولا بأس
بدفع المصحف الى الصبيان لان في المنع تضييع حفظ القرآن وفي الامر بالتطهير

ولياليها

الكدرة

يكون حرجا بهم هذا هو الصحيح واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة ايام لم يحل وطؤها
حتى تغتسل لان الدم يدر تارة وينقطع اخرى فلا بد من الاغتسال ليترجح جانب
الانقطاع ولو لم تغتسل ومضى عليها ادنى وقت الصلاة بقدر ان تقدر على الاغتسال
والتحريمة حل وطؤها لان الصلاة صارت دينا في ذمتها فطهرت حكما ولو كان انقطع الدم
دون عادتها فوق الثلث لم يقربها حتى تمضي عادتها وان اغتسلت لان العود في العادة
غالب فكان الاحتياط في الاجتناب وان انقطع الدم لعشرة ايام حل وطؤها قبل الغسل
لان الحيض لا مزيد له على العشرة الا انه لا يستحب قبل الاغتسال للنهي في القراءة
بالتشديد والطهر اذا تخلل بين الدمين في مدة الحيض فهو كالدم المتوالي ح رح
هذا احدى الروايات عن ابي حنيفة رح ووجهه ان استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط
بالاجماع فيعتبر اوله وآخره كالنصاب في باب الزكاة وعن ابي يوسف رح وهو رواية عن
ابي حنيفة رح وقيل هذا آخر اقواله ان الطهر اذا كان اقل من خمسة عشر يوما لا يفصل وهو كله
كالدم المتوالي لانه طهر فاسد فيكون بمنزلة الدم والاخذ بهذا القول ايسر وتمامه
يعرف في كتاب الحيض واقل الطهر خمسة عشر يوما هكذا روي عن ابراهيم النخعي رح وعطاء وانه لا يعرف
الا توقيفا ولا غاية لاكثره لانه قد يمتد الى سنة وسنتين فلا يتقدر بتقدير الا اذا
استمر بها الدم واحتيج الى نصب العادة ويعرف ذلك في كتاب الحيض ودم الاستحاضة
كالرعاف لا يمنع الصلاة ولا الصوم ولا الوطء لقوله عم توضئي وصلي وان قطر الدم
على الحصير واذا عرف حكم الصلاة ثبت حكم الصوم والوطء بنتيجة الاجماع ولو زاد
الدم على العشرة ولها عادة معروفة دونها ردت الى ايام عادتها والذي زاد استحاضة
لقوله عم المستحاضة تدع الصلاة ايام اقرائها ولان الزائد على العادة يجانس ما زاد على
العشرة فيلحق به وان ابتدأت مع البلوغ مستحاضة فحيضها عشرة ايام من كل شهر والباقي
استحاضة لانا عرفناه حيضا فلا نخرجه عنه بالشك **فصل** والمستحاضة ومن به سلس البول
والرعاف الدائم والجرح الذي لا يرقأ يتوضؤون لوقت كل صلاة فيصلون بذلك
الوضوء في الوقت ما شاؤوا من الفرائض والنوافل وقال الشافعي رح تتوضأ المستحاضة
لكل مكتوبة لقوله عم المستحاضة تتوضأ لكل صلاة ولان اعتبار طهارتها لضرورة
اداء المكتوبة فلا تبقى بعد الفراغ منها **ولنا** قوله عم المستحاضة تتوضأ لوقت
كل صلاة وهو المراد بالاول لان اللام تستعار للوقت قال الله تعالى اقم الصلاة لدلوك الشمس
اي وقتها ولان الوقت اقيم مقام الاداء تيسيرا فيدار الحكم عليه فاذا خرج الوقت
بطل وضوؤهم واستأنفوا الوضوء لصلاة اخرى وهذا عند علمائنا الثلاثة رح
وقال زفر استأنفوا اذا دخل الوقت فان توضؤوا حين تطلع الشمس اجزأهم

هوء

المتخلل

على عشرة ايام

حتى يذهب وقت الظهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف وزفر رحمهما الله
حتى يدخل وقت الظهر وحاصله ان طهارة المعذور تنتقض بخروج الوقت اي عنده بالحدث
السابق عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وبدخوله عند زفر رحمه الله وبايهما كان وفائدة الخلاف
لا تظهر الا فيمن توضأ قبل الزوال كما ذكرنا او قبل طلوع الشمس **لزفر** ان اعتبار الطهارة
مع المنافي للحاجة الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا تعتبر **ولابي يوسف** ان الحاجة مقصورة
على الوقت فلا تعتبر قبله ولا بعده **ولهما** انه لا بد من تقديم الطهارة على الوقت ليتمكن
من الاداء كما دخل الوقت وخروج الوقت دليل زوال الحاجة فظهر اعتبار الحدث عنده
والمراد بالوقت وقت المفروضة حتى لو توضأ المعذور لصلاة العيد له ان يصلي الظهر
عندهما وهو الصحيح لانها بمنزلة صلاة الضحى ولو توضأ مرة للظهر في وقته واخرى فيه
للعصر فعندهما ليس له ان يصلي العصر به لانتقاضه بخروج وقت المفروضة والمستحاضة
هي التي لا يمضي عليها وقت صلاة الا والحدث الذي ابتليت به يوجد فيه وكذا كل من هو
في معناها وهو من ذكرناه ومن به استطلاق البطن او انفلات الريح لان الضرورة بهذا
يتحقق وهي تعم الكل **فصل في النفاس** النفاس هو الدم الخارج عقيب الولادة من الرحم
لانه ماخوذ من تنفس الرحم بالدم او من خروج النفس بمعنى الولد او بمعنى الدم والدم
الذي تراه الحامل ابتداء او حال ولادتها قبل خروج الولد استحاضة وان كان ممتدا وقال
الشافعي حيض اعتبارا بالنفاس اذ هما جميعا من الرحم **ولنا** ان بالحبل ينسد فم الرحم
كذا العادة والنفاس بعد انفتاحه بخروج الولد ولهذا كان نفاسا بعد خروج بعض الولد
فيما يروى عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه ينفتح فيتنفس به والسقط الذي استبان بعض
خلقه ولد حتى تصير المراة به نفساء وتصير الامة ام ولد به وكذا العدة تنقضي به
واقل النفاس لا حد له لان تقدم الولد علم الخروج من الرحم فاغنى عن امتداد جعل علما
عليه في الحيض ولا بد من الامتداد ثمة ليستدل به على انه من الرحم واكثره اربعون
يوما والزائد عليه استحاضة لحديث ام سلمة رضي الله عنها وقت للنفساء اربعين وهو حجة على الشافعي
في اعتبار الستين وان جاوز الدم الاربعين وكانت ولدت قبل ذلك ولها عادة
في النفاس ردت الى ايام عادتها لما بينا في الحيض وان لم يكن لها عادة فابتداء نفاسها
اربعون يوما لانه امكن جعله نفاسا فان ولدت ولدين في بطن واحد فنفاسها ما خرج من الدم عقيب الولد الاول
عند ابي حنيفة وابي يوسف وان كان بين الولدين اربعون يوما وقال محمد رحمه الله من الولد الاخير
وهو قول زفر لانها حامل بعد وضع الاول فلا تصير نفساء كما انها لا تحيض ولهذا تنقضي
العدة بالولد الاخير بالاجماع **ولهما** ان الحامل انما لا تحيض لانسداد فم الرحم على
ما ذكرنا وقد انفتح بخروج الاول وتنفس بالدم فكان نفاسا والعدة تعلقت بوضع حمل مضاف

مضاف اليها فيتناول الجميع والله اعلم بالصواب **باب الانجاس وتطهيرها** تطهير
النجاسة واجب من بدن المصلي وثوبه والمكان الذي يصلي عليه لقوله تعالى وثيابك
فطهر وقال عليه السلام حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء واذا وجب التطهير بما ذكرنا في
الثوب وجب في البدن والمكان لان الاستعمال في حالة الصلوة يشمل الكل ويجوز
تطهيرها بالماء وبكل مائع طاهر يمكن ازالتها به كالخل وماء الورد ونحوهما مما اذا
عصر انعصر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي لا يجوز
الا بالماء لانه يتنجس باول الملاقاة والنجس لا يفيد الطهارة الا ان هذا القياس
ترك في الماء للضرورة **ولهما** ان المائع قالع والطهورية بعلة القلع والازالة
والنجاسة للمجاورة فاذا انتهت اجزاء النجاسة يبقى طاهرا وجواب الكتاب لا يفرق
بين الثوب والبدن وهو قول ابي حنيفة واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعنه
انه فرق بينهما فلم يجوز في البدن بغير الماء واذا اصابت الخف نجاسة لها جرم كالروث
والعذرة والدم والمني فجفت فدلكه بالارض جاز وهذا استحسان وقال
محمد لا يجوز وهو القياس الا في المني خاصة لان المتداخل في الخف لا يزيله الجفاف
والدلك بخلاف المني على ما نذكره **ولهما** قوله عليه السلام فان كان بهما اذى فليمسحهما بالارض
فان الارض لهما طهور ولان الجلد لصلابته لا تتداخله اجزاء النجاسة الا قليلا ثم يجتذبه
الجرم اذا جف فاذا زال زال ما قام به وفي الرطب لا يجوز حتى يغسله لان المسح
بالارض يكثره ولا يطهره وعن ابي يوسف انه اذا مسحه بالارض حتى لم يبق اثر
النجاسة يطهر لعموم البلوى واطلاق ما يروى وعليه مشايخنا وان اصابه بول
فيبس لم يجز حتى يغسله وكذا كل ما لا جرم له كالخمر لان الاجزاء تتشرب فيه ولا جاذب
يجذبها وعن ابي يوسف ما يتصل به من التراب والرماد جرم له والثوب لا يجزي فيه
الا الغسل وان يبس لان الثوب لتخلخله يتداخله كثير من اجزاء النجاسة فلا يخرجها
الا الغسل والمني نجس يجب غسله رطبا فاذا جف على الثوب اجزأ فيه الفرك
لقوله عليه السلام لعائشة رضي الله عنها فاغسليه ان كان رطبا وافركيه ان كان يابسا وقال الشافعي
المني طاهر والحجة عليه ما رويناه وقال عليه السلام انما يغسل الثوب من خمس وذكر منها
المني ولو اصاب البدن قال مشايخنا انه يطهر بالفرك لان البلوى فيه اشد وعن
ابي حنيفة انه لا يطهر الا بالغسل لان حرارة البدن جاذبة فلا يعود الى الجرم
والبدن لا يمكن فركه والنجاسة اذا اصابت المرآة او السيف اكتفي بمسحهما لانه
لا تتداخله النجاسة وما على ظاهره يزول بالمسح وان اصابت الارض نجاسة
فجفت بالشمس وذهب اثرها جازت الصلوة على مكانها وقال زفر والشافعي

عند ابي يوسف
الاحلام
وهو الصحيح
يعقبه
ان النبي صلى الله عليه وسلم

لا يجوز لانه لم يوجد المزيل وطهر لا يجوز التيمم به ولنا قوله عم ذكاة الارض يبسها وانما
لا يجوز التيمم لان طهارة الصعيد تثبت شرطا بنص الكتاب فلا تتأدى بما ثبت بالحديث
وقدر الدرهم وما دونه من النجاسة الغليظة كالدم والبول والغائط والخمر وخرء الدجاج
وبول الحمار جازت الصلوة معه وان زاد لم تجز وقال زفر والشافعي رح قليل النجاسة
وكثيرها سواء لان النص الموجب للتطهير لم يفصل ولنا ان القليل لا يمكن التحرز عنه فيجعل
عفوا وقدرناه بقدر الدرهم اخذا عن موضع الاستنجاء ثم يروى اعتبار الدرهم من حيث
المساحة وهو قدر عرض الكف في الصحيح ويروى من حيث الوزن وهو الدرهم
الكبير المثقال وهو ما يبلغ وزنه مثقالا وقيل في التوفيق بينهما ان الاول في الرقيق
والثاني في الكثيف وانما كانت نجاسة هذه الاشياء مغلظة لانها ثبتت بدليل مقطوع به
وان كانت مخففة كبول ما يؤكل لحمه جازت الصلوة معه حتى يبلغ ربع الثوب يروى ذلك
عن ابي حنيفة رح لان التقدير فيه بالكثير الفاحش والربع يلحق بالكل في بعض الاحكام
وعنه ربع ادنى ثوب تجوز فيه الصلوة كالمئزر وقيل ربع الموضع الذي اصابته
كالذيل والدخريص وعن ابي يوسف رح شبر في شبر وانما كان مخففا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح لمكان الاختلاف في نجاسته او لتعارض النصين على اختلاف الاصلين
واذا اصاب الثوب من الروث او اخثاء البقر اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلوة فيه
عند ابي حنيفة رح لان النص الوارد في نجاسته وهو ما روي انه عم رمى بالروثة
وقال هذا رجس او ركس لم يعارضه غيره وبهذا يثبت التغليظ عنده والتخفيف
بالتعارض وقالا يجزيه حتى يفحش لان للاجتهاد فيه مساغا وبهذا يثبت التخفيف
عندهما ولان فيه ضرورة لامتلاء الطرق بها وهي مؤثرة في التخفيف بخلاف بول الحمار
لان الارض تنشفه قلنا الضرورة في النعال وقد اثرت في التخفيف مرة حتى تطهر
بالمسح فيكتفي مؤنتها ولا فرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم وزفر فرق بينهما
فوافق ابا حنيفة رح في غير مأكول اللحم ووافقهما في مأكول اللحم وعن محمد انه لما دخل
الري ورأى البلوى الناس افتى بان الكثير الفاحش لا يمنع ايضا وقاسوا عليه طين
بخارا وعند ذلك رجوعه في الخف يروى وان اصابه بول الفرس لم يفسده حتى يفحش
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وعند محمد لا يمنع وان فحش لان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده
مخفف نجاسته عند ابي يوسف ولحمه مأكول عندهما واما عند ابي حنيفة فالتخفيف
لتعارض الاثار وان اصابه خرء ما لا يؤكل لحمه من الطيور اكثر من قدر الدرهم جازت
الصلوة فيه عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا تجوز وقد قيل ان الاختلاف في
النجاسة وقد قيل في المقدار وهو الاصح هو يقول لا ضرورة لعدم المخالطة
فلا

فلا يخفف ولهما انها تذرق من الهواء والتحامي عنه متعذر فتحققت الضرورة ولو وقع
في الاناء قيل يفسده وقيل لا يفسده لتعذر صون الاواني عنه وان اصابه من دم
السمك او من لعاب البغل او الحمار اكثر من قدر الدرهم جازت الصلوة فيه اما دم السمك
فلانه ليس بدم على التحقيق فلا يكون نجسا وعن ابي يوسف رح انه اعتبر فيه الكثير
الفاحش فاعتبره نجسا واما لعاب البغل والحمار فلانه مشكوك فيه فلا يتنجس به الطاهر
وان انتضح عليه البول مثل رؤس الابر فذلك ليس بشيء لانه لا يستطاع الامتناع
عنه والنجاسة ضربان مرئية وغير مرئية فما كان منها مرئيا فطهارته زوال عينه
لان النجاسة حلت المحل باعتبار العين فتزول بزوالها الا ان يبقى من اثرها ما يشق
ازالتها لان الحرج مدفوع شرعا وهذا يشير الى انه لا يشترط الغسل بعد زوال
العين وان زال بالغسل مرة واحدة وفيه كلام وما ليس بمرئي فطهارته ان يغسل
حتى يغلب على ظن الغاسل انه قد طهر لان التكرار لا بد منه للاستخراج ولا يقطع بزواله
فاعتبر غالب الظن كما في امر القبلة وانما قدروا بالثلث لان غالب الظن يحصل عنده
فاقيم السبب الظاهر مقامه تيسيرا ويتأيد ذلك بحديث المستيقظ من منامه ثم لا بد
من العصر في كل مرة في ظاهر الرواية لانه هو المستخرج **فصل في الاستنجاء** الاستنجاء
سنة لان النبي عم واظب عليه ويجوز فيه الحجر وما قام مقامه يمسحه حتى ينقيه لان المقصود
هو الانقاء فيعتبر ما هو المقصود وليس فيه عدد مسنون وقال الشافعي رح لا بد
من الثلث لقوله عم وليستنج بثلثة احجار ولنا قوله عم من استجمر فليوتر ومن فعل ذلك
فحسن ومن لا فلا حرج والايتار يقع على الواحد وما رواه متروك الظاهر فانه لو
استنجى بحجر له ثلثة احرف جاز بالاجماع وغسله بالماء افضل لقوله تعالى فيه رجال
يحبون ان يتطهروا نزلت في اقوام يتبعون الحجارة الماء ثم هو ادب وقيل هو سنة في
زماننا ويستعمل الماء الى ان يقع في غالب ظنه انه قد طهر ولا يقدر بالمرات الا اذا كان
موسوسا فيقدر بالثلث في حقه وقيل بالسبع ولو جاوزت النجاسة مخرجها لم يجز
فيه الا الماء وفي بعض النسخ لم يجز الا المائع وهذا يحقق اختلاف الروايتين في تطهير
العضو بغير الماء على ما بيناه وهذا لان المسح غير مزيل الا انه اكتفي به في موضع الاستنجاء
فلا يتعداه ثم يعتبر المقدار المانع وراء موضع الاستنجاء عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله
لسقوط اعتبار ذلك الموضع وعند محمد رح مع موضع الاستنجاء اعتبارا بسائر المواضع
ولا يستنجي بعظم ولا بروث لان النبي عم نهى عن ذلك ولو فعل يجزيه لحصول المقصود ومعنى
النهي في الروث النجاسة وفي العظم كونه زاد الجن ولا يستنجي بطعام لانه اضاعة
واسراف ولا بيمينه لان النبي عم نهى عن الاستنجاء باليمين والله تعالى اعلم بالصواب

فيه م

من استنجى ليمسح

البياض ص

كتاب الصلوة باب المواقيت

اول وقت الفجر اذا طلع الفجر الثاني وهو المعترض في الافق وآخر وقتها ما لم تطلع الشمس لحديث امامة جبرئيل عم فانه ام رسول الله عم فيها في اليوم الاول حين طلع الفجر وفي اليوم الثاني حين اسفر جدا وكادت الشمس تطلع ثم قال في آخر الحديث ما بين هذين الوقتين وقت لك ولامتك ولا معتبر بالفجر الكاذب وهو البياض الذي يبدو طولا ثم يعقبه الظلام لقوله عم لا يغرنكم اذان بلال ولا الفجر المستطيل وانما الفجر المستطير في الافق اي المنتشر فيه واول وقت الظهر اذا زالت الشمس لامامة جبرئيل عم في اليوم الاول حين زالت الشمس وآخر وقتها عند ابي حنيفة رح اذا صار ظل كل شيء مثليه سوى فيء الزوال وقالا اذا صار ظل كل شيء مثله وهو رواية عن ابي حنيفة رح وفيء الزوال هو الفيء الذي يكون للاشياء عند الزوال **لهما** امامة جبرئيل عم في اليوم الاول في هذا الوقت **وله** قوله عم ابردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم واشد الحر في ديارهم كان في هذا الوقت واذا تعارضت الآثار لا ينقضي الوقت بالشك واول وقت العصر اذا خرج وقت الظهر على القولين وآخر وقتها ما لم تغرب الشمس لقوله عم من ادرك ركعة من العصر قبل ان تغرب الشمس فقد ادركها واول وقت المغرب اذا غربت الشمس وآخر وقتها ما لم يغب الشفق وقال الشافعي رح مقدار ما يتوضأ ويصلي فيه ثلث ركعات لان جبرئيل عم ام في اليومين في وقت واحد **ولنا** قوله عم اول وقت المغرب حين تغرب الشمس وآخرها حين يغيب الشفق وما رواه كان للتحرز عن الكراهة ثم الشفق هو البياض الذي في الافق بعد الحمرة عند ابي حنيفة رح وقالا هو الحمرة وهو رواية عن ابي حنيفة رح وهو قول الشافعي رح لقوله عم الشفق الحمرة **وله** قوله عم وآخر وقت المغرب اذا اسود الافق وما رواه موقوف على ابن عمر رض ذكره مالك رح في الموطا وفيه اختلاف الصحابة رض واول وقت العشاء اذا غاب الشفق وآخر وقتها ما لم يطلع الفجر لقوله عم وآخر وقت العشاء حين يطلع الفجر وهو حجة على الشافعي رح في تقديره بذهاب ثلث الليل واول وقت الوتر بعد العشاء وآخره ما لم يطلع الفجر لقوله عم في الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر قال رض وهذا عندهما وعند ابي حنيفة رح وقته وقت العشاء الا انه لا يقدم عليه عند التذكر للترتيب **فصل** ويستحب الاسفار بالفجر لقوله عم اسفروا بالفجر فانه اعظم للاجر وقال الشافعي رح يستحب التعجيل في كل صلوة والحجة عليه ما رويناه وما نرويه والابراد بالظهر في الصيف وتقديمه في الشتاء لما روينا ولرواية انس رض ان النبي عم كان اذا كان في الشتاء بكر بالظهر واذا كان في الصيف ابرد بها وتاخير العصر ما لم تتغير الشمس في الشتاء والصيف لما فيه من تكثير النوافل لكراهتها بعده والمعتبر تغير القرص وهو ان يصير بحال لا تحار فيه الاعين هو الصحيح والتاخير اليه مكروه

ويستحب تعجيل المغرب لان تاخيرها مكروه لما فيه من التشبه باليهود وقال عم لا تزال امتي بخير ما لم يؤخروا المغرب الى اشتباك النجوم وفي خبر آخر عجلوا المغرب وآخروا العشاء وتاخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل لقوله عم لولا ان اشق على امتي لاخرت العشاء الى ثلث الليل ولان فيه قطع السمر المنهي عنه بعده وقيل في الصيف تعجل كيلا تتقلل الجماعة والتاخير الى نصف الليل مباح لان دليل الكراهة وهو تقليل الجماعة عارضه دليل الندب وهو قطع السمر بواحدة فتثبت الاباحة والى النصف الاخير مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقد انقطع السمر قبله ويستحب في الوتر لمن يألف صلوة الليل ان يؤخرها الى آخر الليل وان لم يثق بالانتباه اوتر قبل النوم لقوله عم من خاف ان لا يقوم آخر الليل فليوتر اوله ومن طمع ان يقوم آخر الليل فليوتر آخر الليل واذا كان يوم غيم فالمستحب في الفجر والظهر والمغرب تاخيرها وفي العصر والعشاء تعجيلها لان في تاخير العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر وفي تاخير العصر توهم الوقوع في الوقت المكروه ولا توهم في الفجر لان تلك المدة مديدة وعن ابي حنيفة رح التاخير في الكل للاحتياط الا ترى انه يجوز الاداء بعد الوقت لا قبله **فصل في الاوقات التي تكره فيها الصلوة** لا يجوز الصلوة عند طلوع الشمس ولا عند قيامها في الظهيرة ولا عند غروبها لحديث عقبة رض قال ثلثة اوقات نهانا رسول الله عم ان نصلي فيها وان نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع وعند زوالها حتى تزول وحين تضيف الشمس للغروب حتى تغرب والمراد بقوله ان نقبر صلوة الجنازة لان الدفن غير مكروه والحديث باطلاقه حجة على الشافعي رح في تخصيص الفرائض وبمكة في النوافل وحجة على ابي يوسف رح في اباحة النفل يوم الجمعة وقت الزوال قال ولا صلوة جنازة لما روينا ولا سجدة تلاوة لانها في معنى الصلوة الا عصر يومه عند الغروب لان السبب هو الجزء القائم من الوقت لانه لو تعلق بالكل لوجب الاداء بعده ولو تعلق بالجزء الماضي فالمؤدي في آخر الوقت قاض واذا كان كذلك فقد اداها كما وجبت بخلاف غيرها من الصلوات لانها وجبت كاملة فلا تتادى بالناقص **قال** رض والمراد بالنفي المذكور في صلوة الجنازة وسجدة التلاوة الكراهة حتى لو صلاها فيه او تلا فيها سجدة فسجدها جاز لانها اديت ناقصة كما وجبت اذ الوجوب بحضور الجنازة والتلاوة ويكره ان يتنفل بعد الفجر حتى تطلع الشمس وبعد العصر حتى تغرب الشمس لانه عم نهى عن ذلك ولا بأس بان يصلي في هذين الوقتين الفوائت ويسجد للتلاوة ويصلي على الجنازة لان الكراهة كانت لحق الفرض ليصير الوقت كالمشغول به لا لمعنى في الوقت فلم يظهر في حق الفرائض وفيما وجب لعينه كسجدة التلاوة وظهرت في حق المنذور لانه تعلق وجوبه بسببه من جهته وفي حق

ركعتي الطواف وفي الذي شرع فيه ثم أفسده لأن الوجوب لغيره وهو ختم الطواف وصيانة
المؤدى ويكره أن يتنفل بعد طلوع الفجر بأكثر من ركعتي الفجر لأنه عم لم يزد عليهما مع حرصه
على الصلاة ولا يتنفل بعد الغروب قبل الفرض لما فيه من تأخير المغرب ولا إذا خرج
الإمام للخطبة يوم الجمعة إلى أن يفرغ لما فيه من الاشتغال عن استماع الخطبة والله أعلم

باب الأذان

الأذان سنة للصلوات الخمس والجمعة للنقل المتواتر وصفة الأذان معروفة وهو كما أذن
الملك النازل من السماء ولا ترجيع فيه وهو أن يرجع فيرفع صوته بالشهادتين بعد
ما خفض بهما وقال الشافعي رح فيه ذلك لحديث أبي محذورة رض أن النبي عم أمره بالترجيع
ولنا أنه لا ترجيع في المشاهير وكان ما رواه تعليما فظنه ترجيعا ويزيد في أذان
الفجر بعد الفلاح الصلاة خير من النوم مرتين لأن بلالا رض قال الصلاة خير من النوم
حين وجد النبي عم راقدا فقال النبي عم ما أحسن هذا اجعله في أذانك وخص
الفجر لأنه وقت نوم وغفلة والإقامة مثل الأذان إلا أنه يزيد فيها بعد الفلاح
قد قامت الصلاة مرتين هكذا فعل الملك النازل من السماء وهو المشهور ثم هو حجة
على الشافعي رح في قوله إنها فرادى فرادى إلا قوله قد قامت الصلاة مرتين قال
ويترسل في الأذان ويحدر في الإقامة لقوله عم لبلال إذا أذنت فترسل وإذا أقمت فاحدر
وهذا بيان الاستحباب ويستقبل بهما القبلة لأن الملك النازل من السماء أذن مستقبل القبلة
ولو ترك الاستقبال جاز لحصول المقصود ويكره لمخالفة السنة ويحول وجهه للصلاة
والفلاح يمنة ويسرة لأنه خطاب للقوم فيواجههم به وإن استدار في صومعته فحسن
ومراده إذا لم يستطع تحويل الوجه يمينا وشمالا مع ثبات قدميه مكانهما كما هو السنة
بأن كانت الصومعة متسعة فأما من غير حاجة فلا والأفضل للمؤذن أن يجعل إصبعيه في أذنيه
بذلك أمر النبي عم بلالا رض ولأنه أبلغ في الإعلام وإن لم يفعل فحسن لأنها ليست بسنة
أصلية والتثويب في الفجر حي على الصلاة حي على الفلاح مرتين بين الأذان والإقامة حسن
وكره في سائر الصلوات ومعناه العود إلى الإعلام بعد الإعلام وهو على حسب ما تعارفوه
وهذا تثويب أحدثه علماء الكوفة بعد عهد الصحابة رض لتغير أحوال الناس وخصوا
الفجر به لما ذكرنا والمتأخرون استحسنوه في الصلوات كلها لظهور التواني في الأمور الدينية
وقال أبو يوسف رح لا أرى بأسا أن يقول المؤذن للأمير في الصلوات كلها السلام عليك
أيها الأمير ورحمة الله وبركاته حي على الصلاة حي على الفلاح الصلاة يرحمك الله
واستبعده محمد رح لأن الناس سواسية في أمر الجماعة وأبو يوسف خصهم بذلك لزيادة
اشتغالهم بأمور المسلمين كيلا تفوتهم الجماعة وعلى هذا القاضي والمفتي ويجلس بين

مرتين

الأذان والإقامة إلا في المغرب وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا يجلس في المغرب
أيضا جلسة خفيفة لأنه لا بد من الفصل إذ الوصل مكروه ولا يقع بالسكتة لوجودها
بين كلمات الأذان فيفصل بالجلسة كما بين الخطبتين ولأبي حنيفة رح أن التأخير
مكروه فيكتفى بأدنى الفصل احترازا عنه والمكان في مسئلتنا مختلف وكذا النغمة
فيقع الفصل بالسكتة ولا كذلك الخطبة وقال الشافعي رح يفصل بركعتين اعتبارا
بسائر الصلوات والفرق ما ذكرناه قال يعقوب رأيت أبا حنيفة رح يؤذن في المغرب
ويقيم ولم يجلس فيما بينهما وهذا يفيد ما قلناه وأن المستحب كون المؤذن عالما بالسنة لقوله عم
وليؤذن لكم خياركم ويؤذن للفائتة ويقيم لأنه عم قضى الفجر غداة ليلة التعريس
بأذان وإقامة وهو حجة على الشافعي رح في اكتفائه بالإقامة فإن فاتته صلوات أذن
للأولى وأقام لما روينا وكان مخيرا في الباقي إن شاء أذن وأقام ليكون القضاء على حسب
الأداء وإن شاء اقتصر على الإقامة لأن الأذان للاستحضار وهم حضور قال رض وعن محمد
أنه يقيم لما بعدها قالوا يجوز أن يكون هذا قولهم جميعا وينبغي أن يؤذن ويقيم على طهارة
وإن أذن على غير وضوء جاز لأنه ذكر وليس بصلاة فكان الوضوء فيه استحبابا كما في القراءة
ويكره أن يقيم على غير وضوء لما فيه من الفصل بين الإقامة والصلاة ويروى أنه
لا تكره الإقامة أيضا لأنها أحد الأذانين ويروى أنه يكره الأذان أيضا لأنه يصير
داعيا إلى ما لا يجيب بنفسه ويكره أن يؤذن وهو جنب رواية واحدة وجه الفرق
على إحدى الروايتين أن للأذان شبها بالصلاة فتشترط الطهارة عن أغلظ الحدثين
دون أخفهما عملا بالشبهين وفي الجامع الصغير إذا أذن على غير وضوء وأقام
لا يعيد والجنب أحب إلي أن يعيد وإن لم يعد أجزأه أما الأول فلخفة الحدث وأما
الثاني ففي الإعادة بسبب الجنابة روايتان والأشبه أن يعاد الأذان ولا تعاد
الإقامة لأن تكرار الأذان مشروع دون الإقامة وقوله إن لم يعد أجزأه يعني الصلاة
لأنها جائزة بدون الأذان والإقامة وكذلك المرأة تؤذن معناه يستحب أن يعاد
ليقع على وجه السنة ولا يؤذن لصلاة قبل دخول وقتها ويعاد في الوقت لأن
الأذان للإعلام بالوقت وقبل الوقت تجهيل وقال أبو يوسف رح يجوز للفجر في النصف
الأخير من الليل وهو قول الشافعي رح لتوارث أهل الحرمين والحجة على الكل قوله عم
لبلال رض لا تؤذن حتى يستبين لك الفجر هكذا ومد يديه مليكة رض إذا سافرتما
فأذنا وأقيما فإن تركهما جميعا يكره ولو اكتفى بالإقامة جاز لأن الأذان لاستحضار
الغائبين والرفقة حاضرون والإقامة لإعلام الافتتاح وهم إليها محتاجون
فإن صلى في بيته في المصر يصلي بأذان وإقامة ليكون الأداء على هيئة الجماعة

عرضا والمسافر يؤذن
ويقيم لقوله عم لابني صح

وان تركهما جاز لقول ابن مسعود رض اذا ان الحي يكفينا

باب شروط الصلاة التي تتقدمها

يجب على المصلي ان يقدم الطهارة من الاحداث والانجاس على ما قدمناه لقوله تعالى وثيابك
فطهر وقال الله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا ويستر عورته لقوله تعالى خذوا زينتكم
عند كل مسجد اي ما يواري عورتكم عند كل صلاة وقال عم لا صلاة لحائض الا بخمار
اي لبالغة وعورة الرجل ما تحت السرة الى الركبة لقوله عم عورة الرجل ما بين سرته
الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وبهذا تبين ان السرة ليست من العورة
خلافا لما يقوله الشافعي والركبة من العورة خلافا له ايضا وكلمة الى نحملها على كلمة مع
عملا بكلمة حتى او عملا بقوله عم الركبة من العورة وبدن المراة الحرة كلها عورة الا
وجهها وكفيها لقوله عم المراة عورة مستورة واستثناء العضوين للابتلاء
بابدائهما قال رض وهذا تنصيص على ان القدم عورة ويروى انها ليست بعورة
وهو الاصح فان صلت وربع ساقها او ثلثها مكشوف تعيد الصلاة عند ابي حنيفة ومحمد
وان كان اقل من الربع لا تعيد وقال ابو يوسف لا تعيد ان كان اقل من النصف لان الشيء
انما يوصف بالكثرة اذا كان ما يقابله اقل عنه اذ هما من اسماء المقابلة وفي النصف عنه
روايتان فاعتبر الخروج عن حد القلة في رواية المانعة لانه ليس بقليل او عدم الدخول
في حد الكثير في غير المانعة لانه ليس بكثير ولهما ان الربع يحكي حكاية الكمال كما في مسح الرأس
والحلق في الاحرام ومن راى وجه غيره يخبر عن رؤيته وان لم ير الا احد جوانبه
الاربعة والشعر والبطن والفخذ كذلك يعني على هذا الاختلاف لان كل واحد عضو
على حدة والمراد به هو النازل من الرأس هو الصحيح وانما وضع غسله في الجنابة لمكان الحرج
والعورة الغليظة على هذا الاختلاف والذكر يعتبر بانفراده وكذا الانثيان وهذا
هو الصحيح دون الضم وما كان عورة من الرجال فهو عورة من الامة وبطنها وظهرها
عورة وما سوى ذلك من بدنها فليس بعورة لقول عمر رض القي عنك الخمار يا دفار
اتتشبهين بالحرائر ولانها تخرج لحاجة مولاها في ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها
بذوات المحارم في حق جميع الرجال دفعا للحرج ولو لم يجد ما يزيل به النجاسة صلى معها
ولم يعد الصلاة وهذا على الوجهين ان كان ربع الثوب او اكثر منه طاهرا يصلي فيه
ولو صلى عريانا لا يجزيه لان ربع الشيء يقوم مقام كله وان كان الطاهر اقل من الربع فكذلك
عند محمد رح وهو احد قولي الشافعي لان في الصلاة فيه ترك فرض واحد وفي
الصلاة عريانا ترك الفروض وعند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح يتخير بين ان يصلي عريانا
وبين ان يصلي فيه وهو الافضل لان كل واحد منهما مانع جواز الصلاة حالة الاختيار
ويستويان في حق المقدار فيستويان في حكم الصلاة وترك الشيء الى خلف لا يكون تركا

والافضلية لعدم اختصاص الستر بالصلاة واختصاص الطهارة بها ومن لم يجد ثوبا
صلى عريانا قاعدا يومئ بالركوع والسجود هكذا فعله اصحاب رسول الله عم فان صلى
قائما اجزاه لان في القعود ستر العورة الغليظة وفي القيام اداء هذه الاركان
فيميل الى ايهما شاء الا ان الاول افضل لان الستر وجب لحق الصلاة وحق الناس
ولانه لا خلف له والايماء خلف عن الاركان وينوي الصلاة التي يدخل فيها بنية لا يفصل
بينها وبين التحريمة بعمل والاصل فيه قوله عم الاعمال بالنيات ولان ابتداء الصلاة
بالقيام وهو متردد بين العادة والعبادة ولا يقع التمييز الا بالنية والمتقدمة
من النية على التكبير كالقائمة عنده اذا لم يوجد ما يقطعه وهو عمل لا يليق بالصلاة
ولا معتبر بالمتاخرة منها عنه لان ما مضى لا يقع عبادة لعدم النية وفي الصوم
جوزت للضرورة والنية هي الارادة والشرط ان يعلم بقلبه اي صلاة يصلي هي
اما الذكر باللسان فلا معتبر به ويحسن ذلك لاجتماع عزيمته ثم ان كانت الصلاة
نفلا يكفيه مطلق النية وكذا اذا كانت سنة في الصحيح وان كانت فرضا لا بد
من تعيين الفرض كالظهر مثلا لاختلاف الفروض وان كان مقتديا ينوي
الصلاة ومتابعته لانه يلزمه فساد الصلاة من جهته فلا بد من التزامه ويستقبل القبلة
لقوله تعالى فولوا وجوهكم شطره ثم من كان بمكة ففرضه اصابة عينها ومن كان غائبا
ففرضه اصابة جهتها هو الصحيح لان التكليف بحسب الوسع ومن كان خائفا يصلي
الى اي جهة قدر لتحقق العذر فاشبه حالة الاشتباه فان اشتبهت عليه
القبلة وليس بحضرته من يسأله عنها اجتهد وصلى لان الصحابة تحروا وصلوا
ولم ينكر عليهم رسول الله عم ولان العمل بالدليل الظاهر واجب عند انعدام دليل
فوقه والاستخبار فوق التحري فان علم انه اخطا بعدما صلى لا يعيدها وقال
الشافعي رح يعيدها اذا استدبر لتيقنه بالخطا ونحن نقول ليس في وسعه
الا التوجه الى جهة التحري والتكليف مقيد بالوسع وان علم ذلك وهو في الصلاة
استدار الى القبلة لان اهل قباء لما سمعوا بتحول القبلة استداروا كهيئتهم
واستحسنه النبي عم وكذا اذا تحول رايه الى جهة اخرى توجه اليها لوجوب العمل
بالاجتهاد فيما يستقبل من غير نقض المؤدى قبله ومن ام قوما في ليلة مظلمة
فتحرى القبلة وصلى الى المشرق وتحرى من خلفه وصلى كل واحد منهم الى جهة
وكلهم خلفه ولا يعلمون ما صنع الامام اجزاهم لوجود التوجه الى جهة التحري
وهذه المخالفة ليست بمانعة كما في جوف الكعبة ومن علم منهم بحال امامه
تفسد صلاته لانه اعتقد ان امامه على الخطا وكذا لو كان متقدما عليه لتركه فرض المقام

باب صفة الصلوة

فرائض الصلوة ستة التحريمة والقيام اما التحريمة فلقوله تعالى وربك فكبر والمراد تكبيرة الافتتاح
واما القيام فلقوله تعالى وقوموا لله قانتين والقراءة فلقوله تعالى فاقرءوا ما تيسر من القرآن
والركوع والسجود فلقوله تعالى اركعوا واسجدوا والقعدة في آخر الصلوة مقدار التشهد
لقوله عم لابن مسعود رض حين علمه التشهد اذا قلت هذا او فعلت هذا فقد تمت صلوتك
علق التمام بالفعل قرأ او لم يقرأ وما سوى ذلك فهو سنة اطلق اسم السنة وفيها واجبات
كقراءة فاتحة الكتاب وضم السورة اليها ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال
والقعدة الاولى وقراءة التشهد في الاخيرة والقنوت في الوتر وتكبيرات العيدين
والجهر فيما يجهر فيه والمخافتة فيما يخافت فيه ولهذا يجب سجدتا السهو بتركها هذا
هو الصحيح وتسميتها سنة في الكتاب لما انه ثبت وجوبها بالسنة واذا شرع في الصلوة
كبر لما تلونا وقال عم تحريمها التكبير وهو شرط عندنا خلافا للشافعي حتى ان من تحرم للفرض
كان له ان يؤدي بها التطوع هو يقول انه يشترط لها ما يشترط لسائر الاركان وهذا آية
الركنية **ولنا** انه عطف الصلوة عليه في النص في قوله تعالى وذكر اسم ربه فصلى و
مقتضاه المغايرة ولهذا لا يتكرر كتكرر الاركان ومراعاة الشرائط لما يتصل به من
القيام ويرفع يديه مع التكبير وهو سنة لانه عم واظب عليه وهذا اللفظ يشير
الى اشتراط المقارنة وهو المروي عن ابي يوسف رح والمحكي عن الطحاوي رح والاصح انه
يرفع اولا ثم يكبر لان فعله نفي الكبرياء عن غير الله والنفي مقدم على الاثبات ويرفع
حتى يحاذي بابهاميه شحمتي اذنيه وعند الشافعي رح يرفع الى منكبيه وعلى هذا تكبيرة
القنوت والاعياد والجنازة **له** حديث ابي حميد الساعدي رض قال كان رسول الله عم
اذا كبر رفع يديه الى منكبيه **ولنا** رواية وائل بن حجر والبراء بن عازب وانس رض ان النبي عم
كان اذا كبر رفع يديه حذاء اذنيه ولان رفع اليد لاعلام الاصم وهو بما قلناه وما رواه
يحمل على حالة العذر والمرأة ترفع يديها حذاء منكبيها هو الصحيح لانه استر لها فان قال
بدل التكبير الله اجل او اعظم او الرحمن اكبر او لا اله الا الله او غيره من اسماء الله تعالى اجزأه
عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح ان كان يحسن التكبير لم يجزه الا قوله الله اكبر
او الله الاكبر او الله الكبير وقال الشافعي رح لا يجوز الا بالاولين وقال مالك لا يجوز
الا بالاول لانه هو المنقول والاصل فيه التوقيف والشافعي رح يقول ادخال الالف
واللام ابلغ في الثناء فقام مقامه وابو يوسف رح يقول ان افعل وفعيلا في صفات الله تعالى
سواء بخلاف ما اذا كان لا يحسن لانه لا يقدر الا على المعنى **ولهما** ان التكبير هو التعظيم
لغة وهو حاصل فان افتتح الصلوة بالفارسية او قرأ فيها بالفارسية او ذبح وسمى

بالفارسية وهو يحسن العربية اجزأه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجزيه الا في الذبيحة
خاصة وان لم يحسن العربية اجزأه اما الكلام في الافتتاح فمحمد مع ابي حنيفة رح في العربية
ومع ابي يوسف في الفارسية لان لغة العرب لها من المزية ما ليس لغيرها واما الكلام في
القراءة فوجه قولهما ان القرآن اسم لمنظوم عربي كما نطق به النص الا ان عند العجز يكتفى
بالمعنى كالايماء بخلاف التسمية لان الذكر يحصل بكل لسان **ولابي حنيفة** قوله تعالى وانه لفي
زبر الاولين ولم يكن فيها بهذه اللغة ولهذا يجوز عند العجز الا انه يصير مسيئا لمخالفته
السنة المتوارثة ويجوز باي لسان كان سوى الفارسية هو الصحيح لما تلونا والمعنى
لا يختلف باختلاف اللغات والخلاف في الاعتداد ولا خلاف في انه لا فساد ويروى رجوعه
في اصل المسئلة الى قولهما وعليه الاعتماد والخطبة والتشهد على هذا الاختلاف وفي الاذان
يعتبر التعارف وان افتتح الصلوة باللهم اغفر لي لم يجز لانه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيما
خالصا ولو قال اللهم فقد قيل يجزيه لان معناه يا الله وقيل لا يجزيه لان معناه يا الله امنا
بخير فكان سؤالا ويعتمد بيمينه على يساره تحت سرته لقوله عم ان من السنة وضع اليمين
على الشمال تحت السرة وهو حجة على مالك في الارسال وعلى الشافعي رح في الوضع على
الصدر ولان الوضع تحت السرة اقرب الى التعظيم وهو المقصود ثم الاعتماد سنة القيام
عند ابي حنيفة وابي يوسف حتى لا يرسل حالة الثناء والاصل ان كل قيام فيه ذكر مسنون
يعتمد فيه وما لا فلا هو الصحيح فيعتمد في حالة القنوت وصلوة الجنازة ويرسل في
القومة وبين تكبيرات الاعياد ثم يقول سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره وعن ابي يوسف رح
انه يضم اليه قوله وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض الى آخره لرواية علي رضي الله عنه
ان النبي عم كان يقول ذلك **ولهما** رواية انس رض ان النبي عم كان اذا افتتح الصلوة كبر وقرأ
سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره ولم يزد على هذا وما رواه محمول على التهجد وقوله جل ثناؤك
لم يذكر في المشاهير فلا يأتي به في الفرائض والاولى ان لا يأتي قبل التكبير ليتصل النية به
هو الصحيح ويستعيذ بالله من الشيطان الرجيم لقوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ
بالله من الشيطان الرجيم معناه اذا اردت قراءة القرآن والاولى ان يقول استعيذ بالله
ليوافق القرآن ويقرب منه اعوذ بالله ثم التعوذ تبع للقراءة دون الثناء عند ابي حنيفة
ومحمد رح لما تلونا حتى يأتي به المسبوق دون المقتدي ويؤخر عن تكبيرات العيد ويقرأ
بسم الله الرحمن الرحيم هكذا نقل في المشاهير ويسر بهما لقول ابن مسعود رض اربع يخفيهن
الامام وذكر منها التعوذ والتسمية والتأمين وقال الشافعي رح يجهر بالتسمية عند الجهر
بالقراءة لما روي ان النبي عم جهر في صلوته بالتسمية **قلنا** هو محمول على التعليم لان انسا رض
اخبر انه عم كان لا يجهر بها ثم عند ابي حنيفة رح لا يأتي بها في اول كل ركعة كالتعوذ وعنه

انه يأتي بها احتياطا وهو قولهما ولا يأتي بها بين السورة والفاتحة الا عند محمد
فانه يأتي بها في الصلاة المخافتة ثم يقرأ فاتحة الكتاب وسورة معها او ثلث آيات
من اي سورة شاء وقراءة الفاتحة لا تتعين ركنا عندنا وكذا ضم السورة اليها
خلافا للشافعي رح في الفاتحة ولمالك فيهما وله قوله عم لا صلاة الا بالفاتحة
وسورة معها وللشافعي رح قوله عم لا صلاة الا بفاتحة الكتاب ولنا قوله تعالى
فاقرؤا ما تيسر من القرآن والزيادة عليه بخبر الواحد لا تجوز لكنه يوجب العمل
فقلنا بوجوبها واذا قال الامام ولا الضالين قال آمين ويقولها المؤتم لقوله
عليه السلام اذا امن الامام فامنوا ولا متمسك لمالك رح في قوله عم اذا قال الامام
ولا الضالين فقولوا آمين من حيث القسمة لانه قال في آخره فان الامام يقولها
ويخفونها لما روينا من حديث ابن مسعود رض لانه دعاء فيكون مبنيا على الاخفاء
والمد والقصر فيه وجهان والتشديد خطاء فاحش ثم يكبر ويركع وفي الجامع
الصغير يكبر مع الانحطاط لانه عم كان يكبر عند كل خفض ورفع ويحذف
التكبير حذفا لان المد في اوله خطاء من حيث الدين لكونه استفهاما وفي آخره
لحن من حيث اللغة ويعتمد بيديه على ركبتيه ويفرج بين اصابعه لقوله عم لانس
اذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرج بين اصابعك ولا يندب الى التفريج
الا في هذه الحالة ليكون امكن من الاخذ ولا الى الضم الا في حالة السجود
وفيما وراء ذلك تترك على العادة ويبسط ظهره لانه عم كان اذا ركع بسط
ظهره ولا يرفع رأسه ولا ينكسه لانه عم كان اذا ركع لا يصوب رأسه ولا
يقنعه ويقول سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك ادناه لقوله عم اذا ركع احدكم
فليقل في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ثم يرفع
رأسه ويقول سمع الله لمن حمده ويقول المؤتم ربنا لك الحمد ولا يقولها
عند ابي حنيفة رح وقالا يقولها في نفسه لما روى ابو هريرة رض ان النبي عم
كان يجمع بين الذكرين ولانه حرض غيره فلا ينسى نفسه وله قوله عم اذا قال
الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد هذه قسمة وانها تنافي الشركة
ولهذا لا يأتي المؤتم بالتسميع عندنا خلافا للشافعي رح ولانه يقع تحميده
بعد تحميد المقتدي وهو خلاف موضوع الامامة والذي رواه محمول على حالة
الانفراد والمنفرد يجمع بينهما في الاصح وان كان يروى الاكتفاء بالتسميع ويروى
بالتحميد والامام بالدلالة عليهما آت به معنى ثم اذا استوى قائما كبر وسجد
اما التكبير والسجود فلما بيناه واما الاستواء قائما فليس بفرض وكذا الجلسة بين

بين السجدتين والطمأنينة في الركوع والسجود وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف يفترض ذلك وهو قول الشافعي رح لقوله عم قم فصل فانك لم تصل قاله
لاعرابي لما اخف الصلاة ولهما ان الركوع هو الانحناء والسجود الانخفاض لغة
فتتعلق الركنية بالادنى فيهما وكذا في الانتقال اذ هو غير مقصود وفي آخر ما روي
سميته اياه صلاة قال عم وما نقصت من هذا شيئا فقد نقصت من صلوتك ثم
القومة والجلسة سنة عندهما وكذا الطمأنينة في تخريج الجرجاني وفي تخريج الكرخي
واجبة حتى تجب سجدتا السهو بتركها عنده ويعتمد بيديه على الارض لان وائل بن
حجر وصف صلاة رسول الله عم فسجد وادعم على راحتيه ورفع عجيزته ووضع
وجهه بين كفيه ويديه حذاء اذنيه لما روي انه عم فعل كذلك وسجد على انفه
وجبهته لان النبي عم واظب عليه فان اقتصر على احدهما جاز عند ابي حنيفة رح
وقالا لا يجوز الاقتصار على الانف الا من عذر وهو رواية عنه لقوله عم امرت
ان اسجد على سبعة اعظم وعد منها الجبهة ولابي حنيفة رح ان السجود يتحقق
بوضع بعض الوجه وهو المأمور به الا ان الخد والذقن خارج والمذكور
فيما روي الوجه في المشهور ووضع اليدين والركبتين سنة عندنا لتحقق
السجود دونهما واما وضع القدمين فقد ذكر القدوري انه فريضة في السجود
فان سجد على كور عمامته او فاضل ثوبه جاز لان النبي عم كان يسجد على كور عمامته
ويروى انه عم صلى في ثوب واحد يتقي بفضوله حر الارض وبردها ويبدي
ضبعيه لقوله عم وابد ضبعيك ويروى وابدّ من الابداد وهو المد والاول
من الابداء وهو الاظهار ويجافي بطنه عن فخذيه لانه عم كان اذا سجد جافى بطنه
حتى ان بهمة لو ارادت ان تمر بين يديه لمرت وقيل اذا كان في الصف لا يجافي
كيلا يؤذي جاره ويوجه اصابع رجليه نحو القبلة لقوله عم اذا سجد المؤمن
سجد كل عضو منه فليوجه من اعضائه القبلة ما استطاع ويقول في سجوده سبحان
ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه لقوله عم اذا سجد احدكم فليقل في سجوده سبحان
ربي الاعلى ثلثا وذلك ادناه اي ادنى كمال الجمع ويستحب ان يزيد على الثلث في
الركوع والسجود بعد ان يختم بالوتر لانه عم كان يختم بالوتر فان كان اماما لا يزيد
على وجه يمل القوم حتى لا يؤدي الى التنفير ثم تسبيحات الركوع والسجود
سنة لان النص يتناولهما دون تسبيحاتهما فلا يزاد على النص والمرأة
تنخفض في سجودها وتلزق بطنها بفخذيها لان ذلك استر لها ثم يرفع رأسه
ويكبر لما روينا فاذا اطمأن جالسا كبر وسجد لقوله عم في حديث الاعرابي

ثم يرفع رأسه حتى يستوي جالسا ولو لم يستو جالسا وسجد أخرى أجزأه عند أبي حنيفة
ومحمد رح وقد ذكرناه وتكلموا في مقدار الرفع والأصح أنه إذا كان إلى السجود أقرب
لا يجوز لأنه يعد ساجدا وإن كان إلى الجلوس أقرب جاز لأنه يعد جالسا فيتحقق
الثانية فإذا اطمأن ساجدا كبر وقد ذكرناه واستوى قائما على صدور قدميه
ولا يقعد ولا يعتمد بيديه على الأرض وقال الشافعي رح يجلس جلسة خفيفة
ثم ينهض معتمدا على الأرض لما روي أنه عم فعل ذلك **ولنا** حديث أبي هريرة أن
النبي عم كان ينهض في الصلوة على صدور قدميه وما رواه محمول على حالة الكبر
ولأن هذه قعدة استراحة والصلوة ما وضعت لها ويفعل في الثانية مثل ما فعل
في الركعة الأولى لأنه تكرار الأركان إلا أنه لا يستفتح ولا يتعوذ لأنهما لم
يشرعا إلا مرة ولا يرفع يديه إلا في التكبيرة الأولى خلافا للشافعي رحمه الله
في الركوع والرفع منه لقوله عم لا ترفع الأيدي إلا في سبعة مواطن تكبيرة
الافتتاح وتكبيرة القنوت وتكبيرات العيدين وذكر الأربع في الحج والذي يروى
من الرفع محمول على الابتداء كذا نقل عن ابن الزبير رض وإذا رفع رأسه من السجدة الثانية
في الركعة الثانية افترش رجله اليسرى فجلس عليها ونصب اليمنى نصبا ووجه أصابعه نحو
القبلة هكذا وصفت عائشة رض قعود رسول الله عم في الصلوة ووضع يديه على
فخذيه وبسط أصابعه وتشهد يروى ذلك في حديث وائل رض ولأن فيه توجيه أصابع
يديه إلى القبلة فإن كانت امرأة جلست في التشهد على أليتها اليسرى وأخرجت رجليها
من الجانب الأيمن لأنه أستر لها والتشهد التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك
أيها النبي ورحمة الله وبركاته إلى آخره وهذا تشهد عبد الله بن مسعود فإنه قال أخذ
رسول الله صلعم بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني سورة من القرآن وقال قل التحيات
لله إلى آخره والأخذ بهذا أولى من الأخذ بتشهد ابن عباس وهو قوله التحيات
المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا
وعلى عباد الله الصالحين إلى آخره لأن فيه الأمر وأقله الاستحباب والألف واللام
وهما للاستغراق وزيادة الواو وهي لتجديد الكلام كما في القسم وتأكيد التعليم
ولا يزيد على هذا في القعدة الأولى لقول ابن مسعود علمني رسول الله صلعم التشهد في
خلال الصلوة وآخرها فإذا كان وسط الصلوة نهض إذا فرغ من التشهد وإذا كان آخر
الصلوة دعا لنفسه بما شاء ويقرأ في الركعتين الأخريين بفاتحة الكتاب وحدها
لحديث أبي قتادة أن النبي عم قرأ في الأخريين بفاتحة الكتاب وهذا بيان الأفضل وهو
الصحيح لأن القراءة فرض في الركعتين على ما يأتي من بعد إن شاء الله تعالى ويجلس في

الأخيرة كما جلس في الأولى لما روينا من حديث وائل وعائشة رض ولأنها أشق على البدن
من التورك الذي يميل إليه مالك رح والذي يروى أنه عم قعد متوركا ضعفه الطحاوي
أو يحمل على حالة الكبر وتشهد وهو واجب عندنا وصلى على النبي صلعم وهو ليس بفرض
عندنا خلافا للشافعي رح فيهما لقوله عم إذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلوتك
إن شئت أن تقوم فقم وإن شئت أن تقعد فاقعد والصلوة على النبي عم خارج الصلوة
واجبة إما مرة كما قال الكرخي رح أو كلما ذكر النبي عم كما اختاره الطحاوي رحمه الله
فكفينا مؤنة الأمر والفرض المروي في التشهد هو التقدير ودعا بما شاء مما يشبه ألفاظ
القرآن والأدعية المأثورة لما روينا من حديث ابن مسعود قال له النبي عم ثم اختر من
الأدعية أطيبها وأعجبها إليك ويبدأ بالصلوة على النبي عم ليكون أقرب إلى الإجابة
ولا يدعو بما يشبه كلام الناس تحرزا عن الفساد ولهذا يأتي بالمأثور المحفوظ وما لا
يستحيل سؤاله من العباد كقوله اللهم زوجني فلانة يشبه كلامهم وما يستحيل سؤاله
من العباد كقوله اللهم اغفر لي ليس من كلامهم وقوله اللهم ارزقني من قبيل الأول هو
الصحيح لاستعمالها فيما بينهم يقال رزق الأمير الجيش ثم يسلم عن يمينه فيقول
السلام عليكم ورحمة الله وعن يساره مثل ذلك لما روى ابن مسعود رض أن النبي عم
كان يسلم عن يمينه حتى يرى بياض خده الأيمن وعن يساره حتى يرى بياض
خده الأيسر وينوي بالتسليمة الأولى من عن يمينه من الرجال والنساء والحفظة
وكذلك في الثانية لأن الأعمال بالنيات ولا ينوي النساء في زماننا ولا
من لا شركة له في صلوته هو الصحيح لأن الخطاب حظ الحاضرين ولا بد للمقتدي
من نية إمامه فإن كان الإمام في الجانب الأيمن أو الأيسر نواه فيه وإن كان بحذائه
نواه في الأولى عند أبي يوسف رح ترجيحا للجانب الأيمن وعند محمد رح وهو رواية
عن أبي حنيفة رح نواه فيهما لأنه ذو حظ من الجانبين والمنفرد ينوي الحفظة لا غير
لأنه ليس معه سواهم والإمام ينوي بالتسليمتين هو الصحيح ولا ينوي في الملائكة
عددا محصورا لأن الأخبار في عددهم قد اختلفت فأشبه الإيمان بالأنبياء عم
ثم إصابة لفظة السلام واجبة عندنا وليست بفرض خلافا للشافعي رح هو
يتمسك بقوله عم تحريمها التكبير وتحليلها التسليم **ولنا** ما روينا من حديث
ابن مسعود رض والتخيير ينافي الفرضية والوجوب إلا أنا أثبتنا الوجوب
بما رواه احتياطا وبمثله لا يثبت الفرضية **فصل في القراءة** قال ويجهر بالقراءة
في الفجر والركعتين الأوليين من المغرب والعشاء إن كان إماما ويخفي في
الأخريين هذا هو المأثور المتوارث وإن كان منفردا فهو مخير إن شاء جهر

واسمع نفسه لان الامام في حق نفسه وان شاء خافت لانه ليس خلفه من يسمعه والافضل
هو الجهر ليكون الاداء على هيئة الجماعة ويخفيها الامام في الظهر والعصر وان كان
بعرفة لقوله عم صلوة النهار عجماء اي ليست فيها قراءة مسموعة وفي عرفة خلاف
مالك رح والحجة عليه ما رويناه ويجهر في الجمعة والعيدين لورود النقل المستفيض
بالجهر وفي التطوع بالنهار يخافت وفي الليل يتخير اعتبارا بالفرض في حق المنفرد
وهذا لانه مكمل له فيكون تبعا ومن فاتته العشاء فصليها بعد طلوع الشمس ان ام
فيها جهر كما فعل رسول الله صلعم حين قضى الفجر غداة ليلة التعريس بجماعة وان كان
وحده خافت حتما ولا يتخير هو الصحيح لان الجهر يختص اما بالجماعة حتما او بالوقت
في حق المنفرد على وجه التخيير ولم يوجد احدهما ومن قرا في العشاء في الاوليين
السورة ولم يقرا الفاتحة لم يعد في الاخريين وان قرا الفاتحة ولم يزد عليها
قرا في الاخريين الفاتحة والسورة وجهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال
ابو يوسف لا يقضي واحدة منهما لان الواجب اذا فات عن وقته لا يقضى الا بدليل له
ولهما وهو الفرق بين الوجهين ان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها
قراءة السورة فلو قضاها في الاخريين يترتب الفاتحة على السورة وهذا
خلاف الموضوع بخلاف ما اذا ترك السورة لانه امكن قضاؤها على الوجه المشروع
ثم ذكر هنا ما يدل على الوجوب وفي الاصل بلفظة الاستحباب لانها ان كانت
مؤخرة فغير موصولة بالفاتحة فلم يكن مراعاة موضوعها من كل وجه ويجهر بهما
هو الصحيح لان الجمع بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة شنيع وتغيير النفل
بالمخافتة وهو الفاتحة اولى ثم المخافتة ان يسمع نفسه والجهر ان يسمع غيره
وهذا عند الهندواني لان مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت وقال
الكرخي رح تصحيح الحروف لان القراءة فعل اللسان دون الصماخ وفي لفظ الكتاب
اشارة الى هذا وعلى هذا الاصل كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء
وغير ذلك وادنى ما يجزي من القراءة ما يتناوله اسم القراءة عند ابي حنيفة رح وهو
اية وقالا ثلث ايات قصار او اية طويلة لانه لا يسمى قاريا بدونه فاشبه قراءة
ما دون الاية وله قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن من غير فصل الا ان ما دون الاية
خارج والاية ليست في معناه وفي السفر يقرا فاتحة الكتاب واي سورة شاء لما روي
ان النبي صلعم قرا في صلوة الفجر في السفر بالمعوذتين ولان السفر اثر في اسقاط
شطر الصلوة فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى وهذا اذا كان على عجلة من
السير وان كان على امنة وقرار يقرا في الفجر نحو سورة البروج وانشقت لانه يمكنه

مراعاة السنة مع التخفيف ويقرا في الحضر في الفجر في الركعتين باربعين اية
او خمسين اية سوى فاتحة الكتاب ويروى من اربعين الى ستين ومن ستين
الى مائة وبكل ذلك ورد الاثر ووجه التوفيق انه يقرا بالراغبين مائة وبالكسالى
اربعين وبالاوساط ما بين خمسين الى ستين وقيل ينظر الى طول الليالي وقصرها
والى كثرة الاشتغال وقلتها وفي الظهر مثل ذلك لاستوائهما في سعة الوقت وقال
في الاصل او دونه لانه وقت الاشتغال فينقص عنه تحرزا عن الملال والعصر والعشا
سواء يقرا فيهما باوساط المفصل وفي المغرب يقرا فيها بقصار المفصل والاصل
في هذا كتاب عمر رض الى ابي موسى الاشعري رض ان اقرا في الفجر والظهر بطوال المفصل
وفي العصر والعشاء باوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل ولان مبنى المغرب
على العجلة فالتخفيف اليق بها والعصر والعشاء يستحب فيهما التاخير وقد
يقعان بالتطويل في وقت غير مستحب فيوقت فيهما بالاوساط ويطيل الركعة الاولى
من الفجر على الثانية اعانة للناس على ادراك الجماعة وركعتا الظهر سواء وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد احب الي ان يطيل الركعة الاولى على الثانية
في الصلوات كلها لما روي عن النبي عم انه كان يطول الركعة الاولى على الثانية في الصلوات
كلها ولهما ان الركعتين استويا في استحقاق القراءة فيستويان في المقدار بخلاف
الفجر لانه وقت نوم وغفلة والحديث محمول على الاطالة من حيث الثناء والتعوذ
والتسمية ولا معتبر بالزيادة والنقصان بما دون ثلث ايات لعدم امكان الاحتراز
عنه من غير حرج وليس في شيء من الصلوات قراءة سورة بعينها لا يجزي غيرها
لاطلاق ما تلوناه ويكره ان يوقت شيئا من القرآن لشيء من الصلوات لما فيه من هجر الباقي
وايهام التفضيل ولا يقرا المؤتم خلف الامام خلافا للشافعي رح في الفاتحة له
ان القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه ولنا قوله عم من كان له امام فقراءة الامام
له قراءة وعليه اجماع الصحابة رض وهو ركن مشترك بينهما لكن حظ المقتدي
الانصات والاستماع قال عم اذا قرا فانصتوا ويستحسن على سبيل الاحتياط فيما
يروى عن محمد رح ويكره عندهما لما فيه من الوعيد ويستمع وينصت وان قرا الامام
اية الترغيب او الترهيب لان الاستماع فرض بالنص والقراءة وسؤال الجنة والتعوذ
من النار كل ذلك مخل به وكذلك الخطبة وكذلك ان صلى على النبي عم لفرضية الاستماع
الا ان يقرا الخطيب قوله تعالى يا ايها الذين امنوا صلوا الاية فيصلي السامع في نفسه
واختلفوا في النائي عن المنبر والاحوط هو السكوت اقامة لفرض الانصات

باب الامامة

بالجماعة سنة موكدة لقوله عم الجماعة من سنن الهدى لا يتخلف عنها الا منافق واولى الناس
بالامامة اعلمهم بالسنة وعن ابي يوسف رح اقراهم لكتاب الله لان القراءة لا بد منها والحاجة
الى العلم اذا نابت نائبة ونحن نقول القراءة مفتقر اليها لركن واحد والعلم لسائر الاركان
فان تساووا فاقرؤهم لقوله عم يوم القوم اقراهم لكتاب الله فان تساووا فاعلمهم بالسنة
واقراهم ثمة اعلمهم لانهم كانوا يتلقونه باحكامه فلهذا قدم في الحديث ولا كذلك
في زماننا فقدمنا الاعلم فان تساووا فاورعهم لقوله عم من صلى خلف عالم تقي
فكانما صلى خلف نبي فان تساووا فاسنهم لقوله عم وليؤمكما اكبركما سنا ولان
في تقديمه تكثير الجماعة ويكره تقديم العبد والاعرابي لانه لا يتفرغ للتعلم واما
الاعرابي لان الغالب فيهم الجهل والفاسق لانه لا يهتم لامر دينه والاعمى لانه لا يتوقى
النجاسة وولد الزنا لانه ليس له اب يثقفه فيغلب عليه الجهل ولان في تقديم هولاء
تنفير الجماعة وان تقدموا جاز لقوله عم صلوا خلف كل بر وفاجر ولا يطول الامام
بهم القراءة لقوله عم من ام قوما فليصل بهم صلوة اضعفهم فان فيهم المريض والكبير
وذا الحاجة ويكره للنساء وحدهن الجماعة لانها لا تخلو عن ارتكاب محرم وهو قيام
الامام وسط الصف فتكره كالقراءة وان فعلن وقفت الامام وسطهن لان
عايشة رض فعلت كذلك وحمل فعلها الجماعة على ابتداء الاسلام ولان في التقدم زيادة
الكشف ومن صلى مع واحد اقامه عن يمينه لحديث بن عباس رض فانه عم صلى به واقامه
عن يمينه ولا يتاخر عن الامام وعن محمد رح انه يضع اصابعه عند عقب الامام والاول
هو الصحيح وان صلى خلفه او في يساره جاز وهو مسيء لانه خالف السنة وان ام
اثنين تقدم عليهما وعن ابي يوسف يتوسطهما ونقل ذلك عن عبد الله بن مسعود رض
ولنا انه عم تقدم على انس واليتيم حين صلى بهما فهذا للافضلية والاثر دليل
الاباحة ولا يجوز للرجال ان يقتدوا بامراة او صبي اما المراة لقوله عم اخروهن
من حيث اخرهن الله فلا يجوز تقديمها واما الصبي فلانه متنفل فلا يجوز اقتداء
المفترض به وفي التراويح والسنن المطلقة جوزه مشايخ بلخ ولم يجوزه
مشايخنا ومنهم من حقق الخلاف في النفل المطلق بين ابي يوسف ومحمد رح والمختار انه
لا يجوز في الصلوات كلها لان نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء
بالافساد بالاجماع ولا يبنى القوي على الضعيف بخلاف المظنون لانه مجتهد فيه فاعتبر
العارض عدما بخلاف اقتداء الصبي بالصبي لان الصلوة متحدة ويصف الرجال
ثم الصبيان ثم النساء لقوله عم ليليني منكم اولو الاحلام والنهى ولان المحاذاة
مفسدة فيؤخرهن وان حاذته امراة وهما مشتركان في صلوة واحدة فسدت صلوته
ان نوى

اي نوى الامام امامتها والقياس ان لا تفسد وهو قول الشافعي رح اعتبارا بصلوتها
حيث لا تفسد وجه الاستحسان ما روينا وانه من المشاهير وهو المخاطب به دونها
فيكون هو التارك لفرض المقام فتفسد صلوته دون صلوتها كالماموم اذا تقدم على الامام
وان لم ينو امامتها لم تضره ولا تجوز صلوتها لان الاشتراك لا يثبت بدونها عندنا خلافا
لزفر والاوزاعي انه يلزمه الترتيب في القيام فيتوقف على التزامه كالاقتداء وانما
تشترط نية الامامة اذا ايتمت محاذية وان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان والفرق
على احديهما ان الفساد في الاول لازم وفي الثاني محتمل ومن شرايط المحاذاة ان تكون
الصلوة مشتركة بينهما وان تكون المراة من اهل الشهوة وان لا يكون بينهما حايل لانها
عرفت مفسدة بالنص بخلاف القياس فيراعى جميع ما ورد النص ويكره لهن حضور
الجماعات يعني الشواب منهن لما فيه من خوف الفتنة ولا باس للعجوز ان تخرج في الفجر
والمغرب والعشاء وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا يخرجن في الصلوات كلها لانه لا فتنة
لقلة الرغبة فلا يكره كما في العيد وله ان فرط الشبق حامل فتقع الفتنة غير ان
الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة واما في الفجر والعشاء نائمون وفي
المغرب بالطعام مشغولون بخلاف صلوة العيد فان الجبانة متسعة فيمكنها الاعتزال
عن الرجال فلا يكره ولا يصلي الطاهر خلف من هو في معنى المستحاضة ولا الطاهرة
خلف المستحاضة لان الصحيح اقوى حالا من المعذور والشيء لا يتضمن ما هو فوقه
والامام ضامن بمعنى تتضمن صلوته صلوة المقتدي ولا يصلي القاري خلف الامي
ولا المكتسي خلف العاري لقوة حالهما ويجوز ان يؤم المتيمم المتوضئين وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح لا يجوز لانه طهارة ضرورية والطهارة
بالماء اصلية ولهما ان الطهارة مطلقة ولهذا لا تتقدر بقدر الحاجة ويؤم الماسح
الغاسلين لان الخف مانع سراية الحدث الى القدم وما حل بالخف يزيله المسح بخلاف
المستحاضة لان الحدث لم يعتبر شرعا مع قيامه حقيقة ويصلي القايم خلف القاعد
وقال محمد رح لا يجوز وهو القياس لقوة حال القائم ونحن تركناه بالنص وهو
ما روي انه عم صلى اخر صلوته قاعدا والقوم خلفه قيام ويصلي المومي خلف
مثله لاستوائهما في الحال الا ان يومي المؤتم قاعدا والامام مضطجعا لان القعود
معتبر فيثبت به القوة ولا يصلي الذي يركع ويسجد خلف المومي لان حال المقتدي
اقوى وفيه خلاف زفر رح ولا يصلي المفترض خلف المتنفل لان الاقتداء بناء
ووصف الفرضية معدوم في حق الامام فلا يتحقق البناء على المعدوم ولا من يصلي
فرضا خلف من يصلي فرضا اخر لان الاقتداء شركة وموافقة فلا بد من الاتحاد

وعند الشافعي رح يصح في جميع ذلك لان الاقتداء عنده اداء على سبيل الموافقة وعندنا
معنى التضمن مراعى ويصلي المتنفل خلف المفترض لان الحاجة في حقه الى اصل الصلوة
وهو موجود في حق الامام فيتحقق البناء ومن اقتدى بامام ثم علم ان امامه محدث اعاد
الصلوة لقوله عم من ام قوما ثم ظهر انه كان محدثا او جنبا اعاد صلوته واعادوا وفيه خلاف
الشافعي رح بناء على ما تقدم ونحن نعتبر معنى التضمن وذلك في الجواز والفساد
واذا صلى امي بقوم يقرؤن وبقوم اميين فصلوتهم فاسدة عند ابي حنيفة رح وقالا صلوة
الامام ومن لا يقرأ تامة لانه معذور وصلى بقوم معذورين وغير المعذورين فصار
كما اذا ام العاري عراة ولابسين **وله** ان الامام ترك فرض القراءة مع القدرة
عليها فتفسد صلوته وهذا لانه لو اقتدى بالقاري تكون قراءته قراءة له بخلاف تلك
المسئلة وامثالها لان الموجود في حق الامام لا يكون موجودا في حق المقتدي ولو
كان يصلي الامي وحده والقاري وحده جاز هو الصحيح لانه لم تظهر منهما رغبة
في الجماعة وان قرأ الامام في الاوليين ثم قدم في الاخريين اميا فسدت صلوتهم
وقال زفر رح لا تفسد لتأدي فرض القراءة **ولنا** ان كل ركعة صلوة فلا تخلى عن
القراءة اما تحقيقا او تقديرا ولا تقدير في حق الامي لانعدام الاهلية وكذا على هذا
لو قدمه في التشهد والله اعلم **باب الحدث في الصلوة** ومن سبقه الحدث في الصلوة
انصرف وتوضأ فان كان اماما استخلف وتوضأ وبنى والقياس ان يستقبل وهو قول
الشافعي لان الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها فاشبه الحدث العمد **ولنا**
قوله عم من قاء او رعف في صلوته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلوته ما لم يتكلم وقال عم
اذا صلى احدكم فقاء او رعف فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء والبلوى
فيما يسبق دون ما يتعمد فلا يلحق به والاستيناف افضل تحرزا عن شبهة الخلاف وقيل
ان المنفرد يستقبل والامام والمقتدي يبني صيانة لفضيلة الجماعة والمنفرد ان
شاء اتم في منزله وان شاء عاد الى مكانه والمقتدي يعود الى مكانه الا ان يكون امامه
قد فرغ او لا يكون بينهما حائل ومن ظن انه احدث فخرج من المسجد ثم علم انه لم يحدث استقبل
الصلوة وان لم يكن خرج من المسجد يصلي ما بقي والقياس فيهما الاستقبال وهو
رواية عن محمد لوجود الانصراف من غير عذر وجه الاستحسان انه انصرف على قصد
الاصلاح الا ترى انه لو تحقق ما توهمه بنى على صلوته فالحق قصد الاصلاح
بحقيقته ما لم يختلف المكان بالخروج وان كان استخلف فسدت لانه عمل كثير من غير
عذر وهذا بخلاف ما اذا ظن انه افتتح على غير وضوء فانصرف حيث تفسد الصلوة
وان لم يخرج لان الانصراف على سبيل الرفض الا ترى انه لو تحقق ما توهمه يستقبله

زمان هو الخوف ومكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد ولو تقدم قدامه فالحد السترة
وان لم يكن فمقدار الصفوف خلفه وان كان منفردا فموضع سجوده من كل جانب وان
جن او نام فاحتلم او اغمي عليه استقبل لانه يندر وجود هذه العوارض فلم يكن
في معنى ما ورد به النص وهو الحدث وكذلك اذا قهقه لانه بمنزلة الكلام وهو
قاطع وان حصر الامام عن القراءة فقدم غيره اجزأهم عند ابي حنيفة رح وقالا
لا يجزيهم لانه يندر وجوده **وله** ان الاستخلاف لعلة العجز وهو ههنا الزم والعجز
عن القراءة غير نادر ولو قرأ مقدار ما تجوز به الصلوة لا يجوز بالاجماع لعدم الحاجة
الى الاستخلاف وان سبقه الحدث بعد التشهد توضأ وسلم لان التسليم واجب فلا بد
من التوضي ليأتي به وان تعمد الحدث في هذه الحالة او تكلم او عمل عملا ينافي الصلوة
تمت صلوته لانه تعذر البناء لوجود القاطع لكن لا اعادة عليه لانه لم يبق عليه
شيء من الاركان فان رأى المتيمم الماء في صلوته بطلت صلوته وقد مر من قبل فان
رآه بعد ما قعد قدر التشهد او كان ماسحا فانقضت مدة مسحه او خلع خفيه
بعمل يسير او كان اميا فتعلم سورة او عريانا فوجد ثوبا او موميا فقدر على الركوع
والسجود او تذكر فائتة عليه قبل هذه او احدث الامام القاري فاستخلف اميا او
طلعت الشمس في الفجر او دخل وقت العصر في الجمعة او كان ماسحا على الجبيرة فسقطت
عن برء او كان صاحب عذر فانقطع كالمستحاضة ومن في معناها بطلت الصلوة
في قول ابي حنيفة رح وقيل الاصل فيه ان الخروج من الصلوة بصنع المصلي فرض
عند ابي حنيفة رح وليس بفرض عندهما فاعتراض هذه العوارض عنده في هذه
الحالة كاعتراضها في خلال الصلوة وعندهما كاعتراضها بعد التسليم **لهما**
ما روينا من حديث ابن مسعود رض **وله** انه لا يمكنه اداء صلوة اخرى الا بالخروج
من هذه وما لا يتوصل الى الفرض الا به يكون فرضا ومعنى قوله تمت قاربت التمام
والاستخلاف ليس بمفسد حتى يجوز في حق القاري وانما الفساد ضرورة حكم شرعي
وهو عدم صلاحية الامامة ومن اقتدى بامام بعد ما صلى ركعة ثم احدث الامام
فقدمه اجزأه لوجود المشاركة في التحريمة والاولى للامام ان يقدم مدركا
لانه اقدر على اتمام صلوته وينبغي لهذا المسبوق ان لا يتقدم لعجزه عن التسليم
فلو تقدم يبتدئ من حيث انتهى اليه الامام لقيامه مقامه واذا انتهى الى السلام
يقدم مدركا يسلم بهم فلو انه حين اتم صلوة الامام قهقه او احدث متعمدا او
تكلم او خرج من المسجد فسدت صلوته وصلوة القوم تامة لان المفسد في حقه
وجد في خلال الصلوة وفي حقهم بعد تمام اركانها والامام الاول ان كان

فان فرغ لا تفسد صلوته وان لم يفرغ تفسد وهو الاصح وان لم يحدث الامام الاول وقد
قعد قدر التشهد ثم قهقه او احدث متعمدا فسدت صلوة الذي لم يدرك اول صلوته
عند ابي حنيفة رح وقالا لا تفسد وان تكلم او خرج من المسجد لم تفسد في قولهم جميعا
لهما ان صلوة المقتدي بناء على صلوة الامام جوازا وفسادا ولم تفسد صلوة الامام
وكذا صلوته وصار كالسلام والكلام **وله** ان القهقهة مفسدة للجزء الذي لاقته
من صلوة الامام فيفسد مثله من صلوة المقتدي غير ان الامام لا يحتاج الى البناء
والمسبوق يحتاج اليه والبناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام لانه منه والكلام
في معناه وينتقض وضوء الامام لوجود القهقهة في حرمة الصلوة ومن احدث في ركوعه
او في سجوده توضأ وبنى ولا يعتد بالتي احدث فيها لان اتمام الركن بالانتقال
ومع الحدث لا يتحقق فلا بد من الاعادة ولو كان اماما فقدم غيره دام المقدم على
الركوع لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة ولو ذكر وهو راكع او ساجد ان عليه سجدة
فانحط من ركوعه او رفع رأسه من سجوده فسجدها يعيد الركوع والسجود وهذا بيان
الاولى ليقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن وان لم يعدها اجزأه لان الترتيب ليس بفرض
في افعال الصلوة وعن ابي يوسف رح انه يلزمه اعادة الركوع لان القومة فرض عنده ومن ام
رجلا واحدا فاحدث وخرج من المسجد فالمأموم امام نوى الامامة او لم ينو لما فيه من صيانة
الصلوة وتعيينه الاول لقطع المزاحمة ولا مزاحم ويتم الاول صلوته مقتديا
بالثاني كما اذا استخلفه حقيقة ولو لم يكن خلفه الا صبي او امرأة قيل تفسد
صلوته لاستخلاف من لا يصلح للامامة وقيل لا تفسد لانه لم يوجد الاستخلاف
قصدا وهو لا يصلح للامامة

باب ما يفسد الصلوة وما يكره فيها

ومن تكلم في صلوته
عامدا او ساهيا بطلت صلوته خلافا للشافعي رح في الخطأ والنسيان ومفزعه الحديث
المعروف رفع عن امتي الخطأ والنسيان **ولنا** قوله عم ان صلوتنا هذه لا يصلح فيها شيء
من كلام الناس وانما هي التسبيح والتهليل وقراءة القران وما رواه محمول على رفع
الاثم بخلاف السلام ساهيا لانه من الاذكار فيعتبر ذكرا في حالة النسيان وكلاما
في حالة التعمد لما فيه من كاف الخطاب فان ان فيها او تأوه او بكى فارتفع بكاؤه فان كان
من ذكر الجنة او النار لم يقطعها لانه يدل على زيادة الخشوع وان كان من وجع او
مصيبة قطعها لان فيه اظهار الجزع والتأسف فكان من كلام الناس وعن ابي يوسف
ان قوله آه لا يفسد في الحالين واوه يفسد وقيل الاصل عنده ان
الكلمة اذا اشتملت على حرفين وهما زائدتان او احدهما لا تفسد وان كانتا اصليتين
تفسد وحروف الزوائد جمعوها في قولهم اليوم تنساه وهذا لا يقوى لان كلام

الناس في متفاهم العرف يتبع وجود حروف الهجاء وافهام المعنى ويتحقق ذلك في
حروف كلها زوائد وان تنحنح بغير عذر بان لم يكن مدفوعا اليه وحصل به الحروف
ينبغي ان يفسد عندهما وان كان بعذر فهو عفو كالعطاس والجشاء اذا حصل به
حروف ومن عطس فقال له آخر يرحمك الله وهو في الصلوة فسدت صلوته لانه
يجري في مخاطبات الناس فكان من كلامهم بخلاف ما اذا قال العاطس او السامع الحمد لله على ما
قالوا لانه لم يتعارف جوابا وان استفتح ففتح عليه في صلوته فسدت صلوته ومعناه
ان يفتح المصلي على غير امامه لانه تعليم وتعلم فكان من كلام الناس ثم شرط التكرار
في الاصل لانه ليس من اعمال الصلوة فيعفى القليل منه ولم يشترط في الجامع الصغير
لان الكلام بنفسه قاطع وان قل وان فتح على امامه لم يكن كلاما استحسانا لانه
مضطر الى اصلاح صلوته فكان هذا من اعمال صلوته معنى وينوي الفتح على امامه
دون القراءة هو الصحيح لانه مرخص فيه وقراءته ممنوع عنها ولو كان الامام انتقل
الى آية اخرى تفسد صلوة الفاتح وتفسد صلوة الامام لو اخذ بقوله لوجود
التلقين والتلقن من غير ضرورة وينبغي للمقتدي ان لا يعجل بالفتح وللامام
ان لا يلجئهم اليه بل يركع اذا جاء اوانه او ينتقل الى آية اخرى ولو اجاب في الصلوة
بلا اله الا الله فهذا كلام مفسد عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا يكون
مفسدا وهذا الخلاف فيما اذا اراد به جوابه **له** انه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته
ولهما انه اخرج الكلام مخرج الجواب وهو يحتمله فيجعل جوابا كالتشميت والاسترجاع
والاسترجاع على الخلاف في الصحيح وان اراد به اعلامه انه في الصلوة لم يفسد
بالاجماع لقوله عم اذا نابت احدكم نائبة في الصلوة فليسبح ومن صلى ركعة
من الظهر ثم افتتح العصر او التطوع فقد نقض الظهر لانه صح شروعه في غيره
فيخرج عنه ولو افتتح الظهر بعد ما صلى منها ركعة فهي هي ويجتزئ بتلك
الركعة لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت النية وبقي المنوي على حاله
واذا قرأ الامام من المصحف فسدت صلوته عند ابي حنيفة رح وقالا هي تامة
لانها عبادة انضافت الى عبادة الا انه يكره لانه يتشبه بصنيع اهل الكتاب
ولابي حنيفة ان حمل المصحف والنظر فيه وتقليب الاوراق عمل كثير ولانه
تلقن من المصحف فصار كما اذا تلقن من غيره وعلى هذا لا فرق بين الموضوع
والمحمول وعلى الاول يفترقان ولو نظر الى مكتوب وفهمه فالصحيح انه لا تفسد
صلوته بالاجماع بخلاف ما اذا حلف لا يقرأ كتاب فلان حيث يحنث بالفهم عند
محمد رح لان المقصود هنالك الفهم اما فساد الصلوة فبالعمل الكثير وان مرت امرأة

بين يدي المصلي لا يقطع الصلوة لقوله عم لا يقطع الصلوة مرور شيء الا ان المار آثم
لقوله عم لو علم المار بين يدي المصلي ماذا عليه من العذاب لوقف اربعين وانما ياثم
اذا مر في موضع سجوده على ما قيل ولا يكون بينهما حائل ويحاذي اعضاء المار
اعضاءه لو كان يصلي على الدكان وينبغي لمن يصلي في الصحراء ان يتخذ امامه سترة
لقوله عم اذا صلى احدكم في الصحراء فليجعل بين يديه سترة ومقدارها ذراع فصاعدا
لقوله عم ايعجز احدكم اذا صلى في الصحراء ان يكون امامه مثل موخرة الرحل وقيل ينبغي
ان يكون في غلظ الاصبع لان ما دونه لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل المقصود
ويقرب من السترة لقوله عم من صلى الى سترة فليدن منها ويجعل السترة على حاجبه
الايمن او الايسر به ورد الاثر وسترة الامام سترة القوم لانه عم صلى ببطحاء
مكة الى عنزة ولم يكن للقوم سترة ويعتبر الغرز دون الالقاء والخط لان المقصود
لا يحصل به ويدرء المار اذا لم يكن بين يديه سترة او مر بينه وبين السترة لقوله عم
فادرؤا ما استطعتم ويدرا بالاشارة كما فعل رسول الله عم بولدي ام سلمة
او يدفع بالتسبيح لما روينا من قبل ويكره الجمع بينهما لان باحدهما كفاية **فصل**
يكره للمصلي ان يعبث بثوبه او بجسده لقوله عم ان الله كره لكم ثلثا وذكر منها العبث
في الصلوة ولان العبث خارج الصلوة حرام فما ظنك في الصلوة ولا يقلب الحصى
لانه نوع عبث الا ان لا يمكنه السجود فيسويه مرة واحدة لقوله عم يا ابا ذر مرة او ذر
ولان فيه اصلاح صلوته ولا يفرقع اصابعه لقوله عم لا تفرقع اصابعك وانت
تصلي ولا يتخصر وهو وضع اليد على الخاصرة لانه عم نهى عن الاختصار في الصلوة
ولان فيه ترك الوضع المسنون ولا يلتفت لقوله عم لو علم المصلي من يناجي ما التفت
ولو نظر بموخر عينيه يمنة ويسرة من غير ان يلوي عنقه لا يكره لانه عم كان يلاحظ
اصحابه في صلوته بموق عينيه ولا يقعي ولا يفترش ذراعيه لقول ابي ذر رض
نهاني خليلي عم عن ثلث ان انقر نقر الديك وان اقعي اقعاء الكلب وان افترش افتراش
الثعلب والاقعاء ان يضع اليتيه على الارض وينصب ركبتيه نصبا هو الصحيح
ولا يرد السلام بلسانه لانه كلام ولا بيده لانه سلام معنى حتى لو صافح بنية التسليم
تفسد صلوته ولا يتربع الا من عذر لان فيه ترك سنة القعود ولا يعقص شعره
وهو ان يجمع شعره على هامته ويشده بخيط او بصمغ ليتلبد وقد روي انه عم
نهى ان يصلي الرجل وهو معقوص الشعر ولا يكف ثوبه لانه نوع تجبر ولا يسدل لانه
عم نهى عن السدل وهو ان يجعل ثوبه على راسه او كتفيه ثم يرسل اطرافه من جوانبه
ولا ياكل ولا يشرب لانه ليس من اعمال الصلوة فان اكل او شرب عامدا او ناسيا فسدت

فسدت صلوته لانه عمل كثير وحالة الصلوة مذكرة ولا باس بان يكون الامام في المسجد
وسجوده في الطاق ويكره ان يقوم في الطاق لانه يشبه صنيع اهل الكتاب من حيث
تخصيص الامام بالمكان بخلاف ما اذا كان سجوده في الطاق ويكره ان يكون الامام وحده
على الدكان لما قلنا وكذا على العكس في ظاهر الرواية لانه ازدراء بالامام ولا باس بان
يصلي الى ظهر رجل قاعد يتحدث لان ابن عمر رض ربما كان يستتر بنافع في بعض اسفاره
ولا باس بان يصلي وبين يديه مصحف معلق او سيف معلق لانهما لا يعبدان وباعتبارها
تثبت الكراهة ولا باس بان يصلي على بساط فيه تصاوير لان فيه استهانة بالصورة
ولا يسجد على التصاوير لانه يشبه عبادة الصورة واطلق الكراهة في الاصل لان
المصلى معظم ويكره ان يكون فوق راسه في السقف او بين يديه او بحذائه تصاوير او
صورة معلقة لحديث جبريل عم انا لا ندخل بيتا فيه كلب او صورة ولو كانت الصورة
صغيرة بحيث لا تبدو للناظر لا يكره لان الصغار جدا لا تعبد واذا كانت التماثيل
مقطوع الراس اي ممحو الراس فليس بتمثال لانه لا يعبد بدون الراس وصار كما
اذا صلى الى شمع او سراج على ما قالوا ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة او
بساط مفروش لا يكره لانها تداس وتوطأ بخلاف ما اذا كانت الوسادة منصوبة
او كانت على الستر لانه تعظيم لها واشدها كراهة ان تكون امام المصلي ثم من فوق راسه
ثم على يمينه ثم على شماله ثم خلفه ولو لبس ثوبا فيه تصاوير يكره لانه يشبه حامل الصنم
والصلوة جائزة في جميع ذلك لاستجماع شرائطها وتعاد على وجه غير مكروه وهو الحكم
في كل صلوة اديت مع الكراهة ولا يكره تمثال غير ذي الروح لانه لا يعبد ولا باس
بقتل الحية والعقرب في الصلوة لقوله عم اقتلوا الاسودين ولو كنتم في الصلوة
ولان فيه ازالة الشغل فاشبه درء المار ويستوي فيه جميع انواع الحيات هو الصحيح
لاطلاق ما روينا ويكره عد الاي والتسبيحات في الصلوة باليد وكذلك عدد السور لان
ذلك ليس من اعمال الصلوة وعن ابي يوسف ومحمد رح انه لا باس بذلك في الفرائض والنوافل
جميعا مراعاة لسنة القراءة والعمل بما جاءت به السنة قلنا يمكنه ان يعد ذلك قبل الشروع
فيستغني عن العد بعده **فصل** ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لانه عم نهى
عن ذلك والاستدبار يكره في رواية لما فيه من ترك التعظيم ولا يكره في رواية
لان المستدبر فرجه غير مواز للقبلة وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان
فرجه مواز لها وما ينحط منه ينحط اليها وتكره المجامعة فوق المسجد والبول والتخلي
لان سطح المسجد له حكم المسجد حتى يصح الاقتداء منه بمن تحته ولا يبطل الاعتكاف
بالصعود اليه ولا يحل للجنب الوقوف عليه ولا باس بالبول فوق بيت فيه مسجد

والمراد ما عدا الصلوة في البيت لانه لم يأخذ حكم المسجد وان ندبنا اليه ويكره ان يغلق باب
المسجد لانه يشبه المنع من الصلوة وقيل لا بأس به اذا خيف على متاع المسجد في غير اوان
الصلوة ولا بأس بان ينقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب وقوله لا بأس يشير الى
انه لا يؤجر عليه لكنه لا يأثم به وقيل هو قربة وهذا اذا فعل من مال نفسه واما المتولي
فيفعل من مال الوقف ما يرجع الى احكام البناء دون ما يرجع الى النقش حتى لو فعل يضمن

باب صلوة الوتر

الوتر واجب عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا سنة لظهور آثار السنن فيه حيث لا يكفر جاحده
ولا يؤذن له ولابي حنيفة رحمه الله قوله عم ان الله تعالى زادكم صلوة الا وهي الوتر فصلوها ما بين
العشاء الى طلوع الفجر وهو للوجوب ولهذا وجب القضاء بالاجماع وانما لا يكفر جاحده لان وجوبه
ثبت بالسنة وهو المعني بما روي عنهما انه سنة وهو يؤدى في وقت العشاء فاكتفي
باذانه واقامته قال والوتر ثلث ركعات لا يفصل بينهن بسلام لما روت عائشة رضي الله عنها
عن النبي صلعم انه كان يوتر بثلث وحكى الحسن رحمه الله اجماع المسلمين على الثلث وهذا احد اقوال
الشافعي وفي قول يوتر بتسليمتين وهو قول مالك رحمه الله والحجة عليهما ما رويناه
ويقنت في الثالثة قبل الركوع وقال الشافعي رحمه الله بعده لما روي انه عم قنت في آخر الوتر
وهو بعد الركوع ولنا ما روي انه عم قنت قبل الركوع وما زاد على نصف الشيء آخره
ويقنت في جميع السنة خلافا للشافعي رحمه الله في غير النصف الاخير من رمضان لقوله عم
للحسن حين علمه دعاء القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل ويقرأ في كل ركعة
من الوتر فاتحة الكتاب وسورة لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن واذا اراد ان يقنت
كبر لان الحالة قد اختلفت ورفع يديه وقنت لقوله عم لا ترفع الايدي الا في سبع
مواطن وذكر منها الوتر ولا يقنت في صلوة غيرها خلافا للشافعي رحمه الله في الفجر لما روي
ابن مسعود ان النبي عم قنت في صلوة الفجر شهرا ثم تركه فان قنت الامام في صلوة الفجر
سكت من خلفه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف يتابعه لانه تبع للامام والقنوت
مجتهد فيه ولهما انه منسوخ ولا متابعة فيه ثم قيل يقف قائما ليتابعه فيما تجب
متابعته وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي والاول اظهر ودلت
المسئلة على جواز الاقتداء بالشفعوية وعلى المتابعة في قراءة القنوت في الوتر
واذا علم المقتدي منه ما يزعم به فساد صلوته كالفصد وغيره لا يصح الاقتداء به
والمختار في القنوت الاخفاء لانه دعاء

باب النوافل

السنة ركعتان قبل الفجر واربع
قبل الظهر وبعدها ركعتان واربع قبل العصر وان شاء ركعتين وركعتان بعد المغرب
واربع قبل العشاء واربع بعدها وان شاء ركعتين والاصل فيه قوله عم من ثابر على ثنتي عشرة
ركعة في اليوم والليلة بنى الله تعالى له بيتا في الجنة وفسر على نحو ما ذكر في الكتاب
غير انه لم يذكر الاربع قبل العصر فلهذا سماه في الاصل حسنا وخير لاختلاف الآثار
والافضل هو الاربع ولم يذكر الاربع قبل العشاء ولهذا كان مستحبا لعدم المواظبة وذكر
فيه ركعتين بعد العشاء وفي غيره ذكر الاربع فلهذا خير الا ان الاربع افضل خصوصا عند
ابي حنيفة رحمه الله على ما عرف من مذهبه والاربع قبل الظهر بتسليمة واحدة عندنا كذا قاله
رسول الله صلعم وفيه خلاف الشافعي ونوافل النهار ان شاء صلى بتسليمة ركعتين وان شاء
اربعا وتكره الزيادة على ذلك فاما نافلة الليل قال ابو حنيفة رحمه الله ان صلى ثماني ركعات
بتسليمة جاز وتكره الزيادة وقالا لا يزيد بالليل على ركعتين بتسليمة وفي الجامع الصغير
لم يذكر الثماني في صلوة الليل ودليل الكراهة انه عم لم يزد على ذلك مع حرصه على النوافل
ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز والافضل بالليل عندهما مثنى مثنى وفي النهار اربع
اربع وقال الشافعي رحمه الله مثنى مثنى فيهما وعند ابي حنيفة رحمه الله اربع اربع فيهما للشافعي
قوله عم صلوة الليل والنهار مثنى مثنى ولهما الاعتبار بالتراويح ولابي حنيفة رحمه الله انه عم
كان يصلي بعد العشاء اربعا رواه عائشة رضي الله عنها وكان عم يواظب على الاربع في الضحى ولانه
ادوم تحريمة فيكون اكثر مشقة وازيد فضيلة ولهذا لو نذر ان يصلي اربع ركعات
بتسليمة واحدة لا يخرج عن العهدة بتسليمتين وعلى القلب يخرج والتراويح تؤدى بجماعة
فيراعى فيها جهة التيسير ومعنى ما رواه شفعا لا وترا

فصل

القراءة في الفرض واجبة
في الركعتين وقال الشافعي في الركعات كلها لقوله عم لا صلوة الا بقراءة وكل ركعة صلوة
على حدة وقال مالك رحمه الله في ثلث ركعات اقامة للاكثر مقام الكل تيسيرا ولنا ان الامر بالفعل
لا يقتضي التكرار وانما اوجبنا في الثانية استدلالا بالاولى لانهما يتشاكلان من كل وجه
فاما الاخريان فيفارقانهما في حق السقوط بالسفر وصفة القراءة وقدرها فلا يلحقان
بهما والصلوة فيما روي مذكورة صريحا فتنصرف الى الكاملة وهي الركعتان عرفا كمن حلف
لا يصلي صلوة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي وهو مخير في الاخريين معناه ان شاء سكت وان
شاء قرأ وان شاء سبح كذا روي عن ابي حنيفة رحمه الله وهو المأثور عن علي وابن مسعود
وعائشة رضي الله عنهم الا ان الافضل ان يقرأ لانه عم داوم على ذلك ولهذا لا يجب السهو بتركها
في ظاهر الرواية والقراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر اما النفل
فلان كل شفع منه صلوة على حدة والقيام الى الثالثة كتحريمة مبتداة ولهذا لا يجب
بالتحريمة الاولى الا ركعتان في المشهور عن اصحابنا ولهذا قالوا يستفتح في الثالثة
واما الوتر فللاحتياط ومن شرع في نافلة ثم افسدها قضاها خلافا للشافعي رحمه الله
لانه متبرع فيه ولا لزوم على المتبرع ولنا ان المؤدى وقع قربة فيلزمه الاتمام ضرورة

صيانة عن البطلان وإن صلى أربعا وقرأ في الأوليين وتعمد ثم أفسد الأخريين قضى
ركعتين لأن الشفع الأول قد تم والقيام إلى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة فيكون ملزما
هذا إذا أفسد الأخريين بعد الشروع فيهما ولو أفسد قبل الشروع في الشفع الثاني لا يقضي
الأخريين وعن أبي يوسف رح أنه يقضي اعتبارا للشروع بالنذر **وجوابه** أن الشروع يلزم
ما شرع فيه وما لا صحة له إلا به وصحة الشفع الأول لا تتعلق بالثاني بخلاف الركعة
الثانية وعلى هذا سنة الظهر لأنها نافلة وقيل يقضي أربعا احتياطا لأنها بمنزلة صلاة
واحدة وإن صلى أربعا ولم يقرأ فيهن شيئا أعاد ركعتين عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند
أبي يوسف يقضي أربعا وهذه المسألة على ثمانية أوجه والأصل فيها أن عند محمد ترك القراءة
في الأوليين أو في إحديهما يوجب بطلان التحريمة لأنها تعقد للأفعال وعند أبي يوسف رح
ترك القراءة في الشفع الأول لا يوجب بطلان التحريمة وإنما يوجب فساد الأداء لأن القراءة
ركن زائد ألا ترى أن للصلاة وجودا بدونها غير أنه لا صحة للأداء إلا بها وفساد الأداء
لا يزيد على تركه فلا يبطل التحريمة وعند أبي حنيفة رح ترك القراءة في الأوليين يوجب
بطلان التحريمة وفي إحديهما لا يوجب لأن كل شفع من التطوع صلاة على حدة وفسادها
بترك القراءة في ركعة واحدة مجتهد فيه فقضينا بالفساد في حق وجوب القضاء
وحكمنا ببقاء التحريمة في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا إذا ثبت هذا فنقول
إذا لم يقرأ في الكل قضى ركعتين عندهما لأن التحريمة قد بطلت بترك القراءة في الشفع
الأول عندهما فلم يصح الشروع في الشفع الثاني وبقيت عند أبي يوسف رح فصح
الشروع في الثاني ثم فسد الكل بترك القراءة فيه فعليه قضاء الأربع عنده ولو
قرأ في الأوليين لا غير فعليه قضاء الأخريين بالإجماع لأن التحريمة لم تبطل فصح الشروع
في الشفع الثاني ثم فساده بترك القراءة لا يوجب فساد الشفع الأول ولو قرأ في
الأخريين لا غير فعليه قضاء الأوليين بالإجماع لأن عندهما لا يصح الشروع في الثاني
وعند أبي يوسف رح إن صح فقد أداها ولو قرأ في الأوليين وإحدى الأخريين فعليه
قضاء الأخريين بالإجماع ولو قرأ في الأخريين وإحدى الأوليين فعليه قضاء الأوليين
بالإجماع ولو قرأ في إحدى الأوليين وإحدى الأخريين على قول أبي يوسف رح قضاء الأربع
وكذا عند أبي حنيفة رح لأن التحريمة باقية وعند محمد قضاء الأوليين لأن التحريمة قد
ارتفعت عنده وقد أنكر أبو يوسف هذه الرواية عنه وقال رويت لك عن أبي حنيفة رح
أنه يلزمه قضاء ركعتين ومحمد رح لم يرجع عن روايته عنه ولو قرأ في إحدى الأوليين
لا غير قضى أربعا عندهما وعند محمد يقضي ركعتين ولو قرأ في إحدى الأخريين
لا غير قضى أربعا عند أبي يوسف رح وعندهما ركعتين وتفسير قوله عم لا يصلى بعد صلاة

صلاة مثلها يعني ركعتين بقراءة وركعتين بغير قراءة فيكون بيانا لفرضية القراءة في ركعات
النفل كلها ويصلي النافلة قاعدا مع القدرة على القيام لقوله عم صلاة القاعد
على النصف من صلاة القائم ولأن الصلاة خير موضوع وربما يشق عليه القيام فيجوز
تركه كيلا ينقطع عنه واختلفوا في كيفية القعود والمختار أن يقعد كما يقعد في
التشهد لأنه عهد مشروعا في الصلاة وإن افتتحها قائما ثم قعد من غير عذر جاز عند أبي حنيفة
وهذا استحسان وعندهما لا يجزيه وهو القياس لأن الشروع معتبر بالنذر **وله** أنه
لم يباشر القيام فيما بقي ولما باشر صحت بدونه بخلاف النذر لأنه التزمه نصا حتى لو لم
ينص على القيام لا يلزمه القيام عند بعض المشايخ ومن كان خارج المصر يتنفل على دابته
حيث ما توجهت يومي إيماء لحديث ابن عمر رض قال رأيت رسول الله عم يصلي على
حمار وهو متوجه إلى خيبر يومي إيماء ولأن النوافل غير مختصة بوقت فلو ألزمناه
النزول والاستقبال تنقطع عنه النافلة أو ينقطع هو عن القافلة أما الفرائض
فمختصة بوقت والسنن الرواتب نوافل وعن أبي حنيفة رح أنه ينزل لسنة الفجر لأنها
آكد من سائرها والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر والجواز في المصر وعن أبي يوسف
أنه يجوز في المصر أيضا ووجه الظاهر أن النص ورد خارج المصر والحاجة إلى
الركوب فيه أغلب فإن افتتح التطوع راكبا ثم نزل بنى وإن صلى ركعة نازلا ثم ركب
استقبل لأن إحرام الراكب انعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته على النزول فإذا
أتى بهما صح وإحرام النازل انعقد ملزما موجبا للركوع والسجود فلا يقدر على ترك ما لزمه
من غير عذر وعن أبي يوسف رح أنه يستقبل إذا نزل أيضا وكذا عن محمد رح إذا نزل بعدما صلى
ركعة والأول أصح هو الظاهر والله تعالى أعلم **فصل في قيام شهر رمضان** ويستحب أن
يجتمع الناس في شهر رمضان بعد العشاء فيصلي بهم إمامهم خمس ترويحات كل ترويحة
بتسليمتين ويجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة ثم يوتر بهم ذكر لفظ الاستحباب
والأصح أنها سنة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة رح لأنه واظب عليها الخلفاء
الراشدون والنبي عم بين العذر في ترك المواظبة وهو خشية أن تكتب علينا
والسنة فيها الجماعة لكن على وجه الكفاية حتى لو امتنع أهل المسجد عن إقامتها كانوا
مسيئين ولو أقامها البعض فالمتخلف عن الجماعة تارك للفضيلة لأن أفراد الصحابة
يروى عنهم التخلف والمستحب في الجلوس بين الترويحتين مقدار الترويحة وكذا بين
الخامسة وبين الوتر لعادة أهل الحرمين واستحسن البعض الاستراحة على خمس
تسليمات وليس بصحيح وقوله ثم يوتر بهم يشير إلى أن وقتها بعد العشاء قبل الوتر
وبه قال عامة المشايخ والأصح أن وقتها بعد العشاء إلى آخر الليل قبل الوتر وبعده

لا تهما نفل سنة بعد العشاء ولم يذكر قدر القراءة فيها واكثر المشايخ على ان السنة فيها الختم
مرة فلا يترك لكسل القوم بخلاف ما بعد التشهد من الدعوات حيث يتركها لانها ليست بسنة
ولا يصلى الوتر بجماعة في غير شهر رمضان عليه اجماع المسلمين والله تعالى اعلم بالصواب

باب ادراك الفريضة

ومن صلى ركعة من الظهر ثم اقيمت يصلي اخرى صيانة للمؤدى عن البطلان ثم يدخل مع القوم
احرازا لفضيلة الجماعة وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويشرع مع الامام هو الصحيح لانه
بمحل الرفض والقطع للاكمال بخلاف ما اذا كان في النفل لانه ليس للاكمال ولو كان في السنة قبل الظهر
والجمعة فاقيم او خطب يقطع على راس الركعتين يروى ذلك عن ابي يوسف رحمه الله وقد قيل يتمها وان
كان قد صلى من الظهر ثلاثا يتمها لان للاكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض بخلاف ما اذا كان في الثالثة
بعد ولم يقيدها بالسجدة حيث يقطعها لانه بمحل الرفض ويتخير ان شاء عاد
وقعد وسلم وان شاء كبر قائما ينوي الدخول في صلاة الامام واذا اتمها يدخل مع القوم
والذي يصلي معهم نافلة لان الفرض لا يتكرر في وقت واحد فان صلى من الفجر ركعة ثم اقيمت
يقطع ويدخل معهم لانه لو اضاف اليها ركعة لفاتته الجماعة وكذا اذا قام الى الثانية
قبل ان يقيدها بالسجدة وبعد الاتمام لا يشرع في صلاة الامام لكراهة التنفل بعد الفجر
وكذا بعد العصر لما قلنا وكذا بعد المغرب في ظاهر الرواية لان التنفل بالثلاث مكروه
وفي جعلها اربعا مخالفة لامامه ومن دخل مسجدا قد اذن فيه يكره له ان يخرج حتى يصلي
لقوله عليه السلام لا يخرج من المسجد بعد النداء الا منافق او رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع
الا اذا كان ينتظم به امر جماعة لانه ترك صورة وتكميل معنى وان كان قد صلى وكانت
الظهر والعشاء فلا باس بان يخرج لانه اجاب داعي الله مرة الا اذا اخذ المؤذن في الاقامة
لانه يتهم بمخالفة الجماعة عيانا وان كانت العصر والمغرب او الفجر خرج وان اخذ فيها
لكراهة التنفل بعدها ومن انتهى الى الامام في صلاة الفجر وهو لم يصل ركعتي الفجر عند
باب المسجد ثم يدخل مع القوم لانه امكنه الجمع بين الفضيلتين وان خشي فوتهما دخل
مع الامام ولم يصل لان ثواب الجماعة اعظم والوعيد بالترك الزم بخلاف سنة الظهر
حيث يتركها في الحالين لانه يمكنه اداؤها في الوقت بعد الفرض هو الصحيح وانما الاختلاف
بين ابي يوسف ومحمد في تقديمها على الركعتين وتاخيرها عنهما ولا كذلك سنة الفجر
على ما نبين ان شاء الله تعالى والتقييد بالاداء عند باب المسجد يدل على الكراهة في المسجد
اذا كان الامام في الصلوة والافضل في عامة السنن والنوافل في المنزل هو المروي
عن النبي عليه السلام واذا فاتته ركعتا الفجر لا يقضيهما قبل طلوع الشمس لانه يبقى نفلا
مطلقا وهو مكروه بعد الصبح ولا بعد ارتفاعها عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف رحمه الله وقال

محمد رحمه الله احب الي ان يقضيهما بعد ارتفاع الشمس الى وقت الزوال لان النبي عليه السلام قضاهما
بعد ارتفاع الشمس ليلة التعريس **ولهما** ان الاصل في السنة ان لا تقضى لاختصاص القضاء
بالواجب والحديث ورد في قضائها تبعا للفرض فبقي ما رواه على الاصل وانما تقضى تبعا له
وهو يصلي بالجماعة او وحده الى وقت الزوال وفيما بعده اختلاف المشايخ واما سائر السنن
سواها بعد الوقت فلا تقضى وحدها واختلف المشايخ في قضائها تبعا للفرض ومن
ادرك من الظهر ركعة ولم يدرك الثلث فانه لم يصل الظهر في جماعة وقال محمد رحمه الله قد
ادرك فضل الجماعة لان من ادرك اخر الشيء فقد ادركه فصار محرزا ثواب الجماعة لكنه
لم يصلها بالجماعة حقيقة ولهذا يحنث به في يمينه لا يدرك الجماعة ولا يحنث في يمينه
لا يصلي الظهر بالجماعة ومن اتى مسجدا قد صلي فيه فلا باس بان يتطوع قبل المكتوبة
ما بدا له ما دام في الوقت ومراده اذا كان في الوقت سعة وان كان فيه ضيق تركه قيل هذا
في غير سنة الظهر والفجر لان لهما زيادة مزية قال عليه السلام في سنة الفجر صلوها وان طردتكم
الخيل وقال في الاخرى من ترك الاربع قبل الظهر لم تنله شفاعتي وقيل هذا في الجميع لان النبي عليه السلام
واظب عليها عند اداء المكتوبة بالجماعة ولا سنة دون المواظبة والاولى ان لا يتركها
في الاحوال كلها لكونها مكملات للفرائض الا اذا خاف فوت الوقت وان انتهى الى الامام
في ركوعه فكبر ووقف حتى رفع الامام راسه لا يصير مدركا لتلك الركعة خلافا لزفر
وهو يقول ادرك الامام فيما له حكم القيام **ولنا** ان الشرط هو المشاركة في افعال الصلوة
ولم يوجد لا في القيام ولا في الركوع ولو ركع المقتدي قبل امامه فادركه الامام فيه جاز
وقال زفر لا يجزيه لان ما اتى به قبل الامام غير معتد به فكذا ما يبنيه عليه **ولنا** ان الشرط
هو المشاركة في جزء واحد كما في الطرف الاول **باب قضاء الفوائت** ومن فاتته صلوة
قضاها اذا ذكرها وقدمها على فرض الوقت والاصل فيه ان الترتيب بين الفوائت
وفرض الوقت عندنا مستحق وعند الشافعي رحمه الله مستحب لان كل فرض اصل بنفسه فلا يكون
شرطا لغيره **ولنا** قوله عليه السلام من نام عن صلوة او نسيها فلم يذكرها الا وهو مع الامام
فليصل التي هو فيها ثم ليصل التي ذكرها ثم ليعد التي صلى مع الامام ولو خاف فوت
الوقت يقدم الوقتية ثم يقضيها لان الترتيب يسقط بضيق الوقت وكذا بالنسيان وكثرة
الفوائت كيلا يؤدي الى تفويت الوقتية ولو قدم الفائتة جاز لان النهي عن تقديمها لمعنى
في غيره بخلاف ما اذا كان في الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز لانه اداها قبل وقتها
الثابت بالحديث ولو فاتته صلوات رتبها في القضاء كما وجبت في الاصل لان النبي عليه السلام شغل
عن اربع صلوات يوم الخندق فقضاهن مرتبا فقال صلوا كما رايتموني اصلي الا ان تزيد
الفوائت على ست صلوات لان الفوائت قد كثرت فيسقط الترتيب فيما بين الفوائت نفسها

كما تسقط بينها وبين الوقتية وحد الكثرة ان تصير الفوائت ستا بخروج وقت
الصلوة السادسة وهو المراد بالمذكور في الجامع الصغير وهو قوله وان فاتته اكثر
من صلوة يوم وليلة اجزاته التي بدأ بها لانه اذا زاد على يوم وليلة تصير ستا وعن محمد رحمه الله
انه اعتبر دخول الوقت السادسة والاول هو الاصح لان الكثرة بالدخول في حد التكرار
وذلك في الاول ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة قيل تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة
لكثرة الفوائت وقيل لا تجوز ويجعل الماضي كان لم يكن زجرا له عن التهاون ولو قضى بعض
الفوائت حتى قل ما بقي عاد الترتيب عند البعض وهو الاظهر فانه روي عن محمد رحمه الله فيمن
ترك صلوة يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال
والوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول الفوائت في حد القلة وان اخرها فكذلك الا العشاء
الاخيرة لانه لا فائتة عليه في ظنه حال ادائها ومن صلى العصر وهو ذاكر انه لم يصل الظهر
فهي فاسدة الا ان يكون في اخر الوقت وهي مسئلة الترتيب واذا فسدت الفرضية لا يبطل
اصل الصلوة عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد تبطل لان التحريمة عقدت للفرض فاذا بطلت
الفرضية بطلت اصلا **ولهما** انها عقدت لاصل الصلوة بوصف الفرضية فلم يكن من
ضرورة بطلانه بطلان الاصل ثم العصر يفسد فسادا موقوفا حتى لو صلى ست صلوات ولم يعد
الظهر انقلب الكل جائزا وهذا عند ابي حنيفة وعندهما يفسد فسادا باتا لا جواز له بحال
وقد عرف ذلك في موضعه ولو صلى الفجر وهو ذاكر انه لم يوتر فهي فاسدة عند ابي حنيفة
خلافا لهما وهذا بناء على ان الوتر واجب عند ابي حنيفة وسنة عندهما ولا ترتيب بين
الفرائض والسنن وعلى هذا لو صلى العشاء ثم توضأ وصلى السنة والوتر ثم تبين انه
صلى العشاء بغير طهارة يعيد العشاء والسنة دون الوتر لان الوتر فرض على حدة
وعندهما يعيد الوتر ايضا لكونه تبعا للعشاء والله اعلم

باب سجود السهو

سجود السهو
للزيادة والنقصان يسجد سجدتين بعد السلام ثم يتشهد ثم يسلم وعند الشافعي رحمه الله
يسجد قبل السلام لما روي ان النبي عم سجد للسهو قبل السلام **ولنا** قوله عم لكل سهو
سجدتان بعد السلام وروي عنه عم انه سجد سجدتي السهو بعد السلام فتعارضت
روايتا فعله فبقي التمسك بقوله ولان السجود مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى لو سهى
عن السلام ينجبر به وهذا الخلاف في الاولوية ويأتي بتسليمتين هو الصحيح صرفا للسلام
المذكور الى ما هو المعهود ويأتي بالصلوة على النبي عم والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح
لان الدعاء موضعه اخر الصلوة ويلزم السهو اذا زاد في صلوته فعلا من جنسها ليس منها
وهذا يدل على ان سجدتي السهو واجبة وهو الصحيح لانها تجب لجبر نقص تمكن في العبادة
فتكون واجبة كالدماء في الحج فاذا كانت واجبة لا تجب الا بترك واجب او تاخيره او تاخير

او تاخير ركن ساهيا هذا هو الاصل وانما وجب بالزيادة لانها لا تعرى عن تاخير ركن
او ترك واجب ويلزمه اذا ترك فعلا مسنونا كانه اراد به فعلا واجبا الا انه اراد بتسميته
سنة ان وجوبه ثبت بالسنة او ترك قراءة الفاتحة لانها واجبة او ترك القنوت او التشهد
او تكبيرات العيد لانها واجبات فانه عم واظب عليها من غير تركها مرة وهي امارة الوجوب ولانها
تضاف الى جميع الصلوة فدل على انها من خصائصها وذلك بالوجوب ثم ذكر التشهد يحتمل
القعدة الاولى والثانية والقراءة فيهما وكل ذلك واجب وفيها سجدة هو الصحيح ولو جهر
الامام فيما يخافت او خافت فيما يجهر يلزمه سجدتا السهو لان الجهر في موضعه والمخافتة
في موضعها من الواجبات واختلفت الرواية في المقدار والاصح قدر ما تجوز به الصلوة
في الفصلين لان اليسير من الجهر والاخفاء لا يمكن الاحتراز عنه وعن الكثير ممكن وما
تصح به الصلوة كثير غير ان ذلك عنده اية واحدة وعندهما ثلث ايات وهذا في الامام
دون المنفرد لان الجهر والمخافتة من خصائص الجماعة وسهو الامام يوجب على المؤتم
السجود لتقرر السبب الموجب في حق الاصل ولهذا يلزمه حكم الاقامة بنية الامام فان لم
يسجد الامام لم يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا وما التزم الاداء الا متابعا فان
سها المؤتم لم يلزم الامام ولا المؤتم السجود لانه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه
الامام ينقلب الاصل تبعا ومن سها عن القعدة الاولى ثم تذكر وهو الى حالة القعود
اقرب عاد وقعد وتشهد لان ما يقرب الى الشيء يأخذ حكمه ثم قيل يسجد للسهو للتاخير
والاصح انه لا يسجد كما اذا لم يقم والله اعلم ولو كان الى حالة القيام اقرب لم يعد لانه
كالقائم معنى ويسجد للسهو لانه ترك الواجب وان سها عن القعدة الاخيرة حتى
قام الى الخامسة رجع الى القعدة ما لم يسجد للخامسة لان فيه اصلاح صلوته وامكنه
ذلك لان ما دون الركعة بمحل الرفض والغى الخامسة لانه رجع الى شيء محله قبلها فيرتفض
ويسجد للسهو لانه اخر واجبا وان قيد الخامسة بسجدة بطل فرضه عندنا خلافا للشافعي
لانه استحكم شروعه في النافلة قبل اكمال اركان المكتوبة ومن ضرورته خروجه عن الفرض
وهذا لان الركعة بسجدة واحدة صلوة حقيقة حتى يحنث بها في يمينه لا يصلي
وتحولت صلوته نفلا عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد على ما مر فيضم اليها ركعة
سادسة ولو لم يضم لا شيء عليه لانه مظنون ثم انما يبطل فرضه بوضع الجبهة عند
ابي يوسف رح لانه سجود كامل وعند محمد رح برفعها لان تمام الشيء باخره وهو الرفع
ولم يصح مع الحدث وثمرة الخلاف فيما اذا سبقه الحدث في السجود بنى عند محمد خلافا
لابي يوسف رح ولو قعد في الرابعة ثم قام ولم يسلم عاد الى القعدة ما لم يسجد للخامسة
وسلم لان التسليم في حالة القيام غير مشروع وامكنه الاقامة على وجهه بالقعود

لانه ما دون الركعة بمحل الرفض وان قيد الخامسة بالسجدة ثم تذكر ضم اليها ركعة لفرضي
وتم فرضه لان الباقي اصابة لفظ السلام وهي واجبة وانما يضم اليها ركعة لتصير
الركعتان نفلا لان الركعة الواحدة لا تجزيه لنهي النبي عليه السلام عن البتيراء ثم لا تنوبان
عن سنة الظهر وهو الصحيح لان المواظبة عليها بتحريمة مبتدأة ويسجد للسهو استحسانا
لتمكن النقصان في الفرض بالخروج لا على وجه المسنون وفي النفل بالدخول لا على وجه المسنون
ولو قطعها لا يلزمه القضاء لانه مظنون ولو اقتدى به انسان فيهما يصلي ستا عند محمد
لانه هو المؤدى بهذه التحريمة وعندهما ركعتين لانه استحكم خروجه عن الفرض ولو افسد
المقتدي فلا قضاء عليه عند محمد اعتبارا بالامام وعند ابي يوسف انه يقضي ركعتين لان
السقوط لعارض يخص الامام ومن صلى ركعتين تطوعا فسها فيهما وسجد للسهو ثم اراد
ان يصلي اخريين لم يبنهما عليهما لان السجود يبطل لوقوعه في وسط الصلاة بخلاف
المسافر اذا سجد للسهو ثم نوى الاقامة لانه لو لم يبن يبطل جميع الصلاة ومع هذا
لو ادى صح لبقاء التحريمة ومن سلم وعليه سجدتا السهو فدخل رجل في صلاته بعد التسليم
فان سجد الامام كان داخلا في صلاته والا فلا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رح
هو داخل سجد الامام او لم يسجد لان عنده سلام من عليه سجود السهو لا يخرجه عن الصلاة اصلا
لانها وجبت جبرا للنقصان فلا بد ان يكون في احرام الصلاة وعندهما يخرجه على سبيل التوقف
لانه محلل في نفسه وانما لا يعمل لحاجته الى اداء السجدة فلا يظهر دونها ولا حاجة على اعتبار
عدم العود ويظهر الخلاف في هذا وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة وتغير الفرض بنية
الاقامة في هذه الحالة ومن سلم يريد قطع الصلاة وعليه سهو فعليه ان يسجد للسهو لان
هذا السلام غير قاطع ونيته تغيير المشروع فلغت ومن شك في صلاته فلم يدر اثلاثا
صلى ام اربعا وذلك اول ما عرض له استانف الصلاة لقوله عليه السلام اذا شك احدكم في صلاته
انه كم صلى فليستقبل الصلاة وان كان الشك يعرض له كثيرا بنى على اكبر رأيه لقوله عليه السلام
من شك في صلاته فليتحر الصواب فان لم يكن له رأي بنى على الاقل لقوله عليه السلام من شك في
صلاته فلم يدر اثلاثا صلى ام اربعا بنى على الاقل والاستقبال بالسلام اولى لانه
عرف محللا دون الكلام ومجرد النية يلغو وعند البناء على الاقل يقعد في كل موضع
يتوهم اخر صلاته كيلا يصير تاركا فرض القعدة

باب صلاة المريض

واذا عجز
المريض عن القيام صلى قاعدا يركع ويسجد لقوله عليه السلام لعمران بن حصين صل قائما
فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى الجنب تومئ ايماء ولان الطاعة بحسب الطاقة
فان لم يستطع الركوع والسجود اومأ ايماء يعني قاعدا لانه وسع مثله وجعل سجوده
اخفض من ركوعه لانه قائم مقامهما فاخذ حكمهما ولا يرفع الى وجهه شيئا يسجد عليه

عليه لقوله عليه السلام ان قدرت ان تسجد على الارض فاسجد والا فأوم برأسك فان فعل ذلك
وهو يخفض رأسه اجزأه لوجود الايماء وان وضع ذلك على جبهته لا يجزيه لانعدامه وان
لم يستطع القعود استلقى على ظهره وجعل رجليه الى القبلة واومأ بالركوع والسجود
لقوله عليه السلام يصلي المريض قائما فان لم يستطع فقاعدا فان لم يستطع فعلى قفاه يومئ ايماء
فان لم يستطع فالله تعالى اولى بقبول العذر منه وان اضطجع على جنبه ووجهه الى القبلة
واومأ جاز لما روينا من قبل الا ان الاولى هي الاولى عندنا خلافا للشافعي رح لان اشارة المستلقي
تقع الى هواء الكعبة واشارة المضطجع على جنبه الى جانب قدميه وبه تتأدى الصلاة وان لم
يستطع الايماء برأسه اخرت عنه الصلاة ولا يومئ بعينه ولا بقلبه ولا بحاجبيه خلافا لزفر
لما روينا من قبل ولان نصب الابدال بالرأي ممتنع ولا قياس على الرأس لانه يتأدى به ركن
الصلاة دون العين واختيها وقوله اخرت عنه اشارة الى انه لا تسقط الصلاة وان كان
العجز اكثر من يوم وليلة اذا كان مفيقا هو الصحيح لانه يفهم مضمون الخطاب بخلاف المغمى عليه
وان قدر على القيام ولم يقدر على الركوع والسجود لم يلزمه القيام ويصلي قاعدا يومئ
ايماء لان ركنية القيام للتوسل به الى السجدة لما فيها من نهاية التعظيم فاذا كان لا يتعقبه
السجود لا يكون ركنا فيتخير والافضل هو الايماء قاعدا لانه اشبه بالسجود وان صلى
الصحيح بعض صلاته قائما ثم حدث به مرض اتمها قاعدا يركع ويسجد او يومئ ان لم يقدر
او مستلقيا ان لم يقدر لانه بناء الادنى على الاعلى فصار كالاقتداء ومن صلى قاعدا
يركع ويسجد لمرض به ثم صح بنى على صلاته قائما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد استقبل
بناء على اختلافهم في الاقتداء وقد تقدم بيانه وان صلى بعض صلاته بايماء ثم قدر على الركوع
والسجود استأنف عندهم لانه لا يجوز اقتداء الراكع بالمومي فكذا البناء وان افتتح
التطوع قائما ثم اعيى لا بأس بان يتوكأ على عصا او على حائط او يقعد لان هذا
عذر وان كان الاتكاء بغير عذر يكره لانه اساءة في الادب وقيل لا يكره عند ابي حنيفة رح
لانه لو قعد عنده يجوز من غير عذر فكذا لا يكره الاتكاء وعندهما يكره لانه لا يجوز القعود
عندهما فيكره الاتكاء فان قعد بغير عذر يكره بالاتفاق وتجوز الصلاة عنده ولا يجوز
عندهما وقد مر في باب النوافل ومن صلى في السفينة قاعدا من غير عذر جاز عند ابي حنيفة رح
والقيام افضل وقالا لا يجزيه الا من عذر لان القيام مقدور عليه فلا يترك **وله** ان
الغالب فيها دوران الرأس وهو كالمتحقق الا ان القيام افضل لانه ابعد عن شبهة
الخلاف والخروج افضل ان امكنه لانه اسكن لقلبه والخلاف في غير المربوطة والمربوطة
كالشط هو الصحيح ومن اغمي عليه خمس صلوات او دونها قضاها وان كان اكثر من ذلك
لم يقض وهذا استحسان والقياس ان لا قضاء عليه اذا استوعب الاغماء وقت صلاة

كاملة لتحقق العجز فأشبه الجنون **وجه** الاستحسان أن المرض إذا طال كثرت الفوائت
فيحرج في الأداء، وإذا قصرت قلت فلا حرج، والكثير أن يزيد على يوم وليلة لأنه يدخل في
حد التكرار، والجنون كالإغماء كذا ذكره أبو سليمان رح بخلاف النوم لأن امتداده نادر
فيلحق بالقاصر، ثم الزيادة تعتبر من حيث الأوقات عند محمد رح لأن التكرار يتحقق به، وعندهما
من حيث الساعات هو المأثور عن علي وابن عمر رضي الله عنهم **باب سجود التلاوة** قال رح
سجود التلاوة في القرآن أربع عشرة سجدة في آخر الأعراف وفي الرعد والنحل وبني إسرائيل
ومريم والأولى في الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم وإذا السماء
انشقت واقرأ كذا كتب في مصحف عثمان رضي الله عنه وهو المعتمد، والسجدة الثانية
في الحج للصلاة عندنا، وموضع السجدة في حم السجدة عند قوله لا يسأمون في قول عمر رضي الله عنه
وهو المأخوذ للاحتياط، والسجدة في هذه المواضع على التالي والسامع سواء قصد سماع
القرآن أو لم يقصد لقوله عليه السلام السجدة على من سمعها وعلى من تلاها وهي كلمة إيجاب وهو
غير مقيد بالقصد، وإذا تلا الإمام آية سجدة سجدها وسجد المأموم معه لالتزامه
متابعته، وإذا تلا المأموم لم يسجد الإمام ولا المأموم في الصلاة ولا بعد الفراغ
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد رح يسجدونها إذا فرغوا لأن السبب قد تقرر
ولا مانع بخلاف حالة الصلاة لأنه يؤدي إلى خلاف موضوع الإمامة أو التلاوة
ولهما أن المقتدي محجور عليه عن القراءة لنفاذ تصرف الإمام عليه وتصرف المحجور لا حكم له
بخلاف الجنب والحائض لأنهما منهيان إلا أنه لا يجب على الحائض بتلاوتها ولا بسماعها
لعدم أهلية الصلاة بخلاف الجنب، ولو سمعها رجل خارج الصلاة سجدها هو الصحيح
لأن الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم، وإن سمعوها وهم في الصلاة من رجل ليس معهم في الصلاة
لم يسجدوها في الصلاة لأنها ليست بصلاتية لأن سماعهم هذه السجدة ليس من أفعال
الصلاة، ويسجدونها بعدها لتحقق سببها، ولو سجدوها في الصلاة لم تجزهم لأنه ناقص
لمكان النهي فلا يتأدى به الكامل وأعادوها لتقرر سببها ولم يعيدوا الصلاة لأن مجرد
السجدة لا ينافي إحرام الصلاة، وفي النوادر أنه يفسد لأنهم زادوا فيها ما ليس منها
وقيل هو قول محمد رح، فإن قرأها الإمام وسمعها رجل ليس معه في الصلاة فدخل معه
بعدما سجدها الإمام لم يكن عليه أن يسجدها لأنه صار مدركا لها بإدراك الركعة
وإن دخل معه قبل أن يسجدها سجدها معه لأنه لو لم يسمعها سجدها معه فهنا أولى
وإن لم يدخل معه سجدها لتحقق السبب، وكل سجدة وجبت في الصلاة فلم يسجدها
فيها لم تقض خارج الصلاة لأنها صلاتية ولها مزية الصلاة فلا تتأدى بالناقص
ومن تلا آية سجدة فلم يسجدها حتى دخل في الصلاة فأعادها وسجد لها أجزأته السجدة عنهما

عن التلاوتين لأن الثانية أقوى لكونها صلاتية فاستتبعت الأولى، وفي النوادر
يسجد أخرى بعد الفراغ لأن للأولى قوة السبق فاستويا، **قلنا** للثانية قوة الاتصال
بالمقصود فترجحت بها، وإن تلاها فسجد لها ثم دخل في الصلاة فتلاها سجد لها لأن الثانية
هي المستتبعة ولا وجه إلى إلحاقها بالأولى لأنه يؤدي إلى سبق الحكم على السبب، ومن
كرر تلاوة سجدة واحدة في مجلس واحد أجزأته سجدة واحدة، فإن قرأها في مجلسه
فسجد ثم ذهب ورجع فقرأها سجدها ثانية، وإن لم يكن سجد للأولى فعليه سجدتان
والأصل أن مبنى السجدة على التداخل دفعا للحرج، وهو تداخل في السبب دون الحكم وهو
أليق بالعبادات، والثاني بالعقوبات، وأمكن التداخل عند اتحاد المجلس لكونه جامعا
للمتفرقات، فإذا اختلف عاد الحكم إلى الأصل، ولا يختلف بمجرد القيام بخلاف المخيرة لأنه
دليل الإعراض وهو المبطل هنالك، وفي تسدية الثوب يتكرر الوجوب، وفي المنتقل
من غصن إلى غصن كذلك في الأصح، وكذا في الدياسة للاحتياط، ولو تبدل مجلس
السامع دون التالي يتكرر الوجوب لأن السبب في حقه السماع، وكذا إذا تبدل مجلس
التالي دون السامع على ما قيل، والأصح أنه لا يتكرر الوجوب على السامع لما قلنا،
ومن أراد السجود للتلاوة كبر ولم يرفع يديه وسجد ثم كبر ورفع رأسه اعتبارا
بسجدة الصلاة وهو المروي عن ابن مسعود رضي الله عنه، ولا تشهد عليه ولا سلام لأن ذلك
للتحلل وهو يستدعي سبق التحريمة وهي منعدمة، ويكره أن يقرأ السورة في صلاة أو غيرها
ويدع آية السجدة لأنه يشبه الاستنكاف عنها، ولا بأس بأن يقرأ آية السجدة ويدع ما سواها
لأنه مبادرة إليها، قال محمد رح أحب إلي أن يقرأ قبلها آية أو آيتين دفعا لتوهم التفضيل
واستحسنوا إخفاءها شفقة على السامعين **باب صلاة المسافر** السفر الذي يتغير
به الأحكام أن يقصد مسيرة ثلاثة أيام ولياليها بسير الإبل ومشي الأقدام لقوله عليه السلام
يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها عم الرخصة الجنس ومن ضرورته
عموم التقدير، وقدر أبو يوسف بيومين وأكثر اليوم الثالث، والشافعي بيوم وليلة
في قول، وكفى بالسنة حجة عليهما، والسير المذكور هو الوسط، وعن أبي حنيفة التقدير
بالمراحل وهو قريب من الأول، ولا معتبر بالفراسخ هو الصحيح، ولا معتبر بالسير في الماء
معناه لا يعتبر به السير في البر، أما المعتبر في البحر فما يليق بحاله كما في الجبل **قال**
وفرض المسافر في الرباعية ركعتان لا يزيد عليهما، وقال الشافعي رح فرضه الأربع
والقصر رخصة اعتبارا بالصوم **ولنا** أن الشفع الثاني لا يقضى ولا يأثم بتركه
وهذا آية النافلة بخلاف الصوم لأنه يقضى، وإن صلى أربعا وقعد في الثانية
قدر التشهد أجزأته والأخريان له نافلة اعتبارا بالفجر ويصير مسيئا بتأخير السلام

وان لم يقعد في الثانية قدرها بطلت لاختلاط النافلة بها قبل اكمال اركانها واذا فارق
المسافر بيوت المصر صلى ركعتين لان الاقامة تتعلق بدخولها فيتعلق السفر بالخروج
عنها وفيه الاثر لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا ولا يزال على حكم السفر حتى ينوي الاقامة
في بلد او قرية خمسة عشر يوما او اكثر وان نوى اقل من ذلك قصر لانه لا بد من اعتبار مدة
لان السفر يجامعه اللبث فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان وهو ماثور عن ابن عباس
وابن عمر رضي الله عنهم والاثر في مثله كالخبر والتقييد بالبلدة والقرية يشير الى انه لا تصح نية
الاقامة في المفازة وهو الظاهر ولو دخل مصرا على عزم ان يخرج غدا او بعد غد ولم ينو
مدة الاقامة حتى بقي على ذلك سنين قصر لان ابن عمر رض اقام باذربيجان ستة اشهر
وكان يقصر وعن جماعة من الصحابة مثل ذلك واذا دخل العسكر ارض الحرب فنووا
الاقامة بها قصروا وكذا اذا حاصروا فيها مدينة او حصنا لان الداخل بين ان يهزم
فيقر وبين ان ينهزم فيفر فلم يكن دار اقامة وكذا اذا حاصروا اهل البغي في دار
الاسلام في غير مصر او حاصروهم في البحر لان حالهم مبطل عزيمتهم وعند زفر رح يصح
في الوجهين اذا كانت الشوكة لهم للتمكن من القرار ظاهرا وعند ابي يوسف رح يصح في
الوجهين اذا كانوا في بيوت المدر لانه موضع اقامة ونية الاقامة من اهل الكلأ
وهم اهل الاخبية قيل لا يصح والاصح انهم مقيمون يروى ذلك عن ابي يوسف رح لان
الاقامة اصل فلا تبطل بالانتقال من مرعى الى مرعى وان اقتدى المسافر بالمقيم في الوقت
اتم اربعا لانه يتغير فرضه الى اربع للتبعية كما يتغير بنية الاقامة لاتصال المغير بالسبب
وهو الوقت وان دخل معه في فائتة لم يجز لانه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير
بنية الاقامة فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في القعدة او القراءة وان صلى المسافر
بالمقيمين ركعتين سلم واتم المقيمون صلوتهم لان المقتدي التزم الموافقة في الركعتين
فينفرد في الباقي كالمسبوق الا انه لا يقرأ في الاصح لانه مقتد تحريمة لا فعلا والفرض صار
مؤدى فيتركها احتياطا بخلاف المسبوق لانه ادرك قراءة نافلة فلم يتأد بها الفرض
وكان الاتيان اولى ويستحب للامام اذا سلم ان يقول اتموا صلوتكم فانا قوم سفر لان النبي ع
قاله حين صلى باهل مكة وهو مسافر واذا دخل المسافر مصره اتم الصلوة وان لم ينو
فيه الاقامة لانه ع واصحابه رض كانوا يسافرون ويعودون الى اوطانهم مقيمين من غير
عزم جديد ومن كان له وطن فانتقل عنه واستوطن غيره ثم سافر ودخل وطنه الاول قصر
لانه لم يبق وطنا له الا ترى انه ع بعد الهجرة عد نفسه بمكة من المسافرين وهذا لان
الوطن الاصلي يبطل بمثله دون السفر ووطن الاقامة يبطل بمثله وبالسفر وبالاصلي
وان نوى المسافر ان يقيم بمكة ومنى خمسة عشر لم يتم الصلوة لان اعتبار النية في موضعين يقتضي

يقتضي اعتبارها في مواضع وهو ممنوع لان السفر لا يعرى عنه الا اذا نوى ان يقيم بالليل
في احدهما فيصير مقيما بدخوله فيه لان اقامة المرء تضاف الى مبيته ومن فاتته صلوة في
السفر قضاها في الحضر ركعتين ومن فاتته في الحضر قضاها في السفر اربعا لان القضاء
بحسب الاداء والمعتبر في ذلك اخر الوقت لانه هو المعتبر في السببية عند عدم الاداء في الوقت
والعاصي والمطيع في سفره في الرخصة سواء وقال الشافعي رح سفر المعصية لا يفيد
الرخصة لانها ثبتت تخفيفا فلا تتعلق بما يوجب التغليظ ولنا اطلاق النص ولان نفس
السفر ليس بمعصية وانما المعصية ما يكون بعده او ما يجاوره فصلح متعلق الرخصة والله اعلم

باب الجمعة

لا تصح الجمعة الا في مصر جامع او في مصلى المصر ولا تجوز في القرى لقوله ع لا جمعة
ولا تشريق ولا فطر ولا اضحى الا في مصر جامع والمصر الجامع كل موضع له امير وقاضي
ينفذ الاحكام ويقيم الحدود وهذا عن ابي يوسف رح وعنه انهم لو اجتمعوا في اكبر مساجدهم
لم يسعهم والاول اختيار الكرخي رح وهو الظاهر والثاني اختيار الثلجي رح والحكم
غير مقصور على المصلى بل تجوز في جميع افنية المصر لانها بمنزلته في حوائج اهله
ويجوز بمنى اذا كان الامام امير الحجاز او كان الخليفة مسافرا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد لا جمعة بمنى لانها من القرى حتى لا يعيد بها ولهما انها تتمصر في ايام الموسم وعدم
التعييد للتخفيف ولا جمعة بعرفات في قولهم لانها فضاء وبمنى ابنية والتقييد بالخليفة
وامير الحجاز لان الولاية لهما اما امير الموسم فيلي امور الحج لا غير ولا يجوز اقامتها الا للسلطان
او لمن امره السلطان لانها تقام بجمع عظيم وقد تقع المنازعة في التقدم والتقديم وقد
تقع في غيره فلا بد منه تتميما لامره ومن شرائطها الوقت فتصح في وقت الظهر
ولا تصح بعده لقوله ع اذا مالت الشمس فصل بالناس الجمعة ولو خرج الوقت وهو فيها
استقبل ولا يبنيه عليها لاختلافهما ومنها الخطبة لان النبي ع ما صلاها بدون الخطبة
في عمره وهي قبل الصلوة به وردت السنة ويخطب خطبتين يفصل بينهما بقعدة بذلك
جرى التوارث ويخطب قائما على الطهارة لان القيام فيهما متوارث ثم هي شرط الصلوة
فيستحب فيها الطهارة كالاذان ولو خطب قاعدا او على غير طهارة جاز لحصول المقصود
الا انه يكره لمخالفة التوارث وللفصل بينها وبين الصلوة فان اقتصر على ذكر الله تعالى
جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة لان الخطبة هي الواجبة
والتسبيحة او التحميدة لا تسمى خطبة وقال الشافعي رح لا يجوز حتى يخطب خطبتين
اعتبارا للمتعارف وله قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله من غير فصل وعن عثمان رضي الله عنه
انه قال الحمد لله فارتج عليه فنزل وصلى ومن شرائطها الجماعة لان الجمعة مشتقة منها

واقلهم عند ابي حنيفة ثلثة سوى الامام وقالا اثنان سواه قال رحمه الله والاصح ان هذا قول ابي يوسف رحمه الله
وحده له ان في المثنى معنى الاجتماع وهي منبئة عنه ولهما ان الجمع الصحيح انما هو الثلث لانه
جمع تسمية ومعنى والجماعة شرط على حدة وكذا الامام فلا يعتبر منهم وان نفر الناس من قبل
ان يركع الامام ويسجد الا النساء والصبيان استقبل الظهر عند ابي حنيفة وقالا اذا نفروا عنه
بعدما افتتح الصلاة صلى الجمعة وان نفروا عنه بعدما ركع وسجد سجدة بنى على الجمعة خلافا
لزفر رحمه الله هو يقول انها شرط فلا بد من دوامها كالوقت ولهما ان الجماعة شرط الانعقاد الجمعة
فلا يشترط دوامها كالخطبة ولابي حنيفة ان الانعقاد بالشروع في الصلاة ولا يتم ذلك الا بتمام
الركعة لان ما دونها ليست بصلاة فلا بد من دوامها اليها بخلاف الخطبة لانها تنافي
الصلاة فلا يشترط دوامها ولا يعتبر بقاء النسوان وكذا الصبيان لانه لا ينعقد بهم
الجمعة فلا يتم بهم الجماعة ولا يجب على مسافر ولا امرأة ولا على مريض ولا عبد ولا اعمى
لان المسافر يحرج في الحضور وكذا المريض والاعمى والعبد مشغول بخدمة المولى والمرأة
بخدمة الزوج فعذروا دفعا للحرج والضرر فان حضروا وصلوا مع الناس اجزاهم
عن فرض الوقت لانهم تحملوه فصاروا كالمسافر اذا صام ويجوز للمسافر والعبد والمريض
ان يؤم في الجمعة وقال زفر رحمه الله لا يجزيه لانه غير فرض عليه فاشبه الصبي والمرأة
ولنا ان هذه رخصة فاذا حضروا يقع فرضا على ما بيناه اما الصبي فمسلوب الاهلية
والمرأة لا تصلح للامامة في حق الرجال وينعقد بهم الجمعة لانهم صلحوا للامامة فيصلحون للاقتداء
بطريق الاولى ومن صلى الظهر في منزله يوم الجمعة قبل صلاة الامام ولا عذر له كره له
ذلك وجازت صلوته وقال زفر رحمه الله لا يجزيه لان عنده الجمعة هي الفريضة اصالة والظهر
كالبدل عنها ولا مصير الى البدل مع القدرة على الاصل ولنا ان اصل الفرض هو الظهر
في حق الكافة وهذا هو الظاهر الا انه مأمور باسقاطه باداء الجمعة وهذا لانه متمكن
من اداء الظهر بنفسه دون الجمعة لتوقفها على شرايط لا تتم به وحده وعلى التمكن يدور
التكليف فان بدا له ان يحضرها فتوجه اليها والامام فيها بطل ظهره عند ابي حنيفة رحمه الله بالسعي
وقالا لا يبطل حتى يدخل مع الامام لان السعي دون الظهر فلا ينقضه بعد تمامه والجمعة
فوقها فينقضها وصار كما اذا توجه بعد فراغ الامام وله ان السعي الى الجمعة من خصائص
الجمعة فينزل منزلتها في حق ارتفاض الظهر احتياطا بخلاف ما بعد الفراغ منها لانه
ليس بسعي اليها ويكره ان يصلي المعذور الظهر بجماعة يوم الجمعة في المصر وكذا
اهل السجن لما فيه من الاخلال بالجمعة اذ هي جامعة للجماعات والمعذور قد يقتدي به
غيره اهل السواد لانه لا جمعة عليهم ولو صلى قوم اجزاهم لاستجماع شرايطها ومن ادرك
الامام يوم الجمعة صلى معه ما ادرك وبنى عليه الجمعة لقوله عليه السلام ما ادركتم فصلوا وما

فاتكم فاقضوا وان كان ادركه في التشهد او في سجود السهو بنى عليها الجمعة عندهما
وعند محمد رحمه الله ان ادرك معه اكثر الركعة الثانية بنى عليها الجمعة وان ادرك اقلها بنى
عليها الظهر لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشرايط في حقه فيصلي اربعا
اعتبارا للظهر ويقعد لا محالة على راس الركعتين اعتبارا للجمعة ويقرأ في الاخريين
لاحتمال النفلية ولهما انه مدرك للجمعة في هذه الحالة حتى تشترط نية الجمعة وهي ركعتان
ولا وجه لما ذكر لانهما مختلفان لا يبنى احدهما على تحريمة الآخر واذا خرج الامام يوم الجمعة
ترك الناس الصلاة والكلام حتى يفرغ من خطبته قال رحمه الله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا باس بالكلام اذا خرج الامام قبل ان يخطب واذا نزل قبل ان يكبر لان الكراهة للاخلال
بفرض الاستماع ولا استماع هنا بخلاف الصلاة لانها قد تمتد ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام اذا
خرج الامام فلا صلاة ولا كلام من غير فصل ولان الكلام قد يمتد طبعا فاشبه الصلاة
واذا اذن المؤذنون الاذان الاول ترك الناس البيع وتوجهوا الى الجمعة لقوله تعالى
فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع واذا صعد الامام المنبر جلس واذن المؤذنون بين
يدي المنبر بذلك جرى التوارث ولم يكن على عهد رسول الله عليه السلام الا هذا الاذان
ولهذا قيل هو المعتبر في وجوب السعي وحرمة البيع والاصح ان المعتبر هو الاول اذا
كان بعد الزوال لحصول الاعلام والله اعلم

باب صلاة العيدين

وتجب صلاة العيدين على كل من تجب عليه صلاة الجمعة وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم
فالاول سنة والثاني فريضة ولا يترك واحد منهما قال رحمه الله وهذا تنصيص على السنة
والاول على الوجوب وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وجه الاول مواظبة النبي عليه السلام عليها
وجه الثاني قوله عليه السلام في حديث الاعرابي عقيب سؤاله هل علي غيرها قال لا الا ان تطوع
والاول اصح وتسميته سنة لوجوبه بالسنة ويستحب في يوم الفطر ان يطعم الانسان
قبل الخروج الى المصلى ويغتسل ويستاك ويتطيب لما روي انه عليه السلام كان يطعم في يوم الفطر
قبل الخروج الى المصلى وكان يغتسل في العيدين ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الاغتسال
والطيب كما في الجمعة ويلبس احسن ثيابه لانه عليه السلام كانت له جبة فنك او صوف يلبسها في
الاعياد ويؤدي صدقة الفطر اغناء للفقير ليتفرغ قلبه للصلاة ويتوجه الى المصلى
وعندهما يكبر اعتبارا بالاضحى وله ان الاصل في الثناء الاخفاء والشرع ورد به في الاضحى
لانه يوم تكبير ولا كذلك الفطر ولا يتنفل في المصلى قبل صلاة العيد لان النبي عليه السلام لم يفعل
ذلك مع حرصه على الصلاة ثم قيل الكراهة في المصلى خاصة وقيل فيه وفي غيره عامة
لانه عليه السلام لم يفعله واذا حلت الصلاة بارتفاع الشمس دخل وقتها الى الزوال واذا زالت
الشمس خرج وقتها لانه عليه السلام كان يصلي العيد والشمس على قدر رمح او رمحين ولما شهدوا

وصلاة العيدين سنة في رواية اخرى لقول محمد في الجامع الصغير
في العيدين يجتمعان في يوم واحد قال يشهدهما
جميعا ولا يترك واحدا منهما والاولى منهما سنة
والاخرى فريضة والمراد من السنة السنة
المؤكدة بدليل قوله ولا يترك واحدا منهما
من البحر الرائق مختصرا

بالهلال بعد الزوال امر بالخروج الى المصلى من الغد ويصلي الامام بالناس ركعتين يكبر في
الاولى للافتتاح وثلثا بعدها ثم يقرأ الفاتحة وسورة ويكبر تكبيرة يركع بها ثم يبدأ
في الركعة الثانية بالقراءة ثم يكبر ثلثا بعدها ويكبر تكبيرة رابعة يركع بها وهذا قول
ابن مسعود رض وهو مذهبنا وقال ابن عباس رض يكبر في الاولى للافتتاح وخمسا بعدها
وفي الثانية يكبر خمسا ثم يقرأ وفي رواية يكبر اربعا وظاهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس
لامر بنيه الخلفاء. فاما المذهب فالمعول الاول لان التكبير ورفع الايدي خلاف المعهود
فكان الاخذ بالاقل اولى ثم التكبير من اعلام الدين حتى يجهر به فكان الاصل فيه الجمع وفي الركعة
الاولى يجب الحاقها بتكبيرة الافتتاح لقوتها من حيث الفرضية والسبق وفي الثانية
لم يوجد الا تكبيرة الركوع فوجب الضم اليها والشافعي اخذ بقول ابن عباس رض الا انه
حمل المروي على الزوائد فصارت التكبيرات عنده خمسة عشر او ستة عشر ويرفع يديه
في تكبيرات العيدين يريد به ما سوى تكبيرتي الركوع لقوله عم لا ترفع الايدي الا في سبع
مواطن وذكر من جملتها تكبيرات الاعياد وعن ابي يوسف رح انه لا يرفع والحجة عليه ما روينا
ويخطب بعد الصلوة خطبتين بذلك ورد النقل المستفيض ويعلم الناس فيهما
صدقة الفطر واحكامها لانها شرعت لاجله ومن فاتته صلوة العيد مع الامام لم يقضها
لان الصلوة بهذه الصفة لم تعرف قربة الا بشرائط لا تتم بالمنفرد فان غم الهلال
وشهدوا عند الامام بالهلال بعد الزوال صلى العيد من الغد لان هذا تأخير بعذر
وقد ورد فيه الحديث فان حدث عذر يمنع من الصلوة في اليوم الثاني لم يصلها بعده
لان الاصل فيها ان لا تقضى كالجمعة الا انا تركناه بالحديث وقد ورد بالتأخير الى
اليوم الثاني عند العذر ويستحب في يوم الاضحى ان يغتسل ويتطيب لما ذكرنا ويؤخر
الاكل حتى يفرغ من الصلوة لما روي ان النبي عم كان لا يطعم في يوم النحر حتى يرجع
فيأكل من اضحيته ويتوجه الى المصلى وهو يكبر لانه عم كان يكبر في الطريق ويصلي ركعتين
كالفطر كذلك نقل ويخطب بعدها خطبتين لانه عم كذلك فعل ويعلم فيهما الاضحية
وتكبير التشريق لانه مشروع الوقت والخطبة ما شرعت الا لتعليمه فان كان حدث عذر يمنع من الصلوة
في يوم الاضحى صلاها من الغد وبعد الغد ولا يصليها بعد ذلك لان الصلوة موقتة
بوقت الاضحية فتتقيد بايامها لكنه مسيء بالتأخير من غير عذر لمخالفة المنقول والتعريف
الذي يصنعه الناس ليس بشيء وهو ان يجتمع الناس يوم عرفة في بعض المواضع تشبيها
بالواقفين بعرفة لان الوقوف عرف عبادة مختصة بمكان فلا يكون عبادة دونه كسائر
المناسك **فصل في تكبير التشريق** ويبدأ بتكبير التشريق بعد صلوة الفجر من يوم عرفة
فالختم عقيب العصر من يوم النحر عند ابي حنيفة رح وقالا يختم عقيب العصر من اخر ايام التشريق

التشريق مختلف فيها بين الصحابة رض فاخذ بقول علي رض اخذا بالاكثر وهو الاحتياط
في العبادات واخذ بقول ابن مسعود رض اخذا بالاقل لان الجهر بالتكبير بدعة والتكبير ان
يقول مرة الله اكبر الله اكبر لا اله الا الله والله اكبر الله اكبر ولله الحمد هذا هو
المأثور عن الخليل عم وهو عقيب الصلوات المفروضات على المقيمين في الامصار في الجماعات
المستحبة عند ابي حنيفة رح وليس على جماعات النساء اذا لم يكن معهن رجل وقالا هو على كل
من صلى المكتوبة لانه تبع للمكتوبة وله ما روينا من قبل والتشريق هو التكبير كذا نقل عن
الخليل بن احمد رح ولان الجهر بالتكبير خلاف السنة والشرع ورد به عند استجماع هذه
الشرائط الا انه يجب على النساء اذا اقتدين بالرجال وعلى المسافرين عند اقتدائهم
بالمقيم بطريق التبعية قال يعقوب صليت بهم المغرب يوم عرفة فسهوت ان اكبر
فكبر ابو حنيفة رح دل ان الامام وان ترك التكبير لا يتركه المقتدي وهذا لانه لا يؤدى
في حرمة الصلوة فلم يكن الامام فيه حتما وانما هو مستحب والله اعلم **باب صلوة الكسوف**
اذا انكسفت الشمس صلى الامام بالناس ركعتين كهيئة النافلة في كل ركعة ركوع واحد
وقال الشافعي ركوعان له ما روت عائشة رض ولنا رواية ابن عمر رض والحال انكشف
على الرجال لقربهم وكان الترجيح لروايته ويطول القراءة فيهما ويخفي وقالا يجهر وعن محمد
مثل قول ابي حنيفة رض اما التطويل في القراءة فبيان الافضل ويخفف ان شاء لان المسنون
استيعاب الوقت بالصلوة والدعاء فاذا خفف احدهما طول الاخر واما الاخفاء والجهر
رواية عائشة رض انه عم جهر فيها ولابي حنيفة رض رواية ابن عباس وسمرة رض والترجيح
قد مر من قبل ولانها صلوة النهار وهي عجماء ويدعو بعدها حتى تنجلي الشمس لقوله عم اذا رأيتم
من هذه الافزاع شيئا فارغبوا الى الله تعالى بالدعاء فيه واذكروا الله واستغفروه والسنة في
الادعية تأخيرها عن الصلوة ويصلي بهم الامام الذي يصلي بهم الجمعة وان لم يحضر
صلى الناس فرادى تحرزا عن الفتنة وليس في خسوف القمر جماعة لتعذر الاجتماع بالليل
ولخوف الفتنة وانما يصلي كل واحد بنفسه لقوله عم اذا رأيتم شيئا من هذه الاهوال
فافزعوا الى الصلوة وليس في الكسوف خطبة لانه لم ينقل والله اعلم **باب الاستسقاء**
قال ابو حنيفة رض ليس في الاستسقاء صلوة مسنونة في جماعة فان صلى الناس وحدانا
جاز وانما الاستسقاء الدعاء والاستغفار لقوله تعالى استغفروا ربكم انه كان غفارا الاية
ورسول الله عم استسقى ولم ترو عنه الصلوة وقالا يصلي الامام ركعتين لما
روي ان النبي عم صلى فيها ركعتين كصلوة العيد رواه ابن عباس رض قلنا فعله مرة
وتركه اخرى فلم يكن سنة وقد ذكر في الاصل قول محمد رح وحده ويجهر فيهما بالقراءة
اعتبارا بصلوة العيد ثم يخطب لما روي انه عم خطب ثم هي كخطبة العيد عند محمد رح وعند ابي يوسف

وعند ابي يوسف رحمه الله خطبة واحدة وعند ابي حنيفة لا يخطب لانه تبع للجماعة ولا جماعة عنده
ويستقبل القبلة بالدعاء لما روي انه عليه السلام استقبل القبلة وحول رداءه ويقلب رداءه
لما روينا قال رضه هذا قول محمد رحمه الله اما عند ابي حنيفة رحمه الله لا يقلب لانه دعا فيعتبر بسائر الادعية
وما رواه كان تفاؤلا ولا يقلب القوم اردیتهم لانه لم ينقل انه عليه السلام امرهم بذلك ولا يحضر اهل
الذمة الاستسقاء لانه لاستنزال الرحمة وانما تنزل عليهم اللعنة والله اعلم بالصواب

باب صلوة الخوف

اذا اشتد الخوف جعل الامام الناس طائفتين طائفة الى وجه العدو وطائفة خلفه
فيصلي بهذه الطائفة ركعة وسجدتين فاذا رفع راسه من السجدة الثانية مضت هذه
الطائفة الى وجه العدو وجاءت تلك الطائفة فيصلي بهم الامام ركعة وسجدتين
وتشهد وسلم ولم يسلموا وذهبوا الى وجه العدو وجاءت الطائفة الاولى وصلوا
ركعة وسجدتين وحدانا بغير قراءة لانهم لاحقون وتشهدوا وسلموا ومضوا الى وجه
العدو وجاءت الطائفة الاخرى فصلوا ركعة وسجدتين بقراءة لانهم مسبوقون
وتشهدوا وسلموا والاصل فيه رواية ابن مسعود رضه ان النبي عليه السلام صلى صلوة الخوف
على الصفة التي قلنا وابو يوسف رحمه الله وان انكر شرعيتها في زماننا فهو محجوج عليه بما روينا فان كان
الامام مقيما صلى بالطائفة الاولى ركعتين وبالطائفة الثانية ركعتين لما روي
انه عليه السلام صلى الظهر بالطائفتين ركعتين ركعتين ويصلي بالطائفة الاولى ركعتين من المغرب وبالثانية
ركعة واحدة لان تنصيف الركعة الواحدة غير ممكن فجعلها في الاولى بحكم السبق ولا
يقاتلون في حال الصلوة فان فعلوا بطلت صلوتهم لانه عليه السلام شغل عن اربع صلوات يوم الاحزاب
ولو جاز الاداء مع القتال لما تركها فان اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى يومئون
بالركوع والسجود الى اي جهة شاؤا اذا لم يقدروا على التوجه الى القبلة لقوله تعالى فان
خفتم فرجالا او ركبانا وسقط التوجه للضرورة وعن محمد رحمه الله انهم يصلون بجماعة وليس
بصحيح لانعدام الاتحاد في المكان والله اعلم **باب الجنائز** اذا احتضر الرجل وجه الى
القبلة على شقه الايمن اعتبارا بحال الوضع في القبر لانه اشرف عليه والمختار في بلادنا
الاستلقاء لانه ايسر والاول هو السنة ولقن الشهادة لقوله عليه السلام لقنوا موتاكم شهادة
ان لا اله الا الله والمراد الذي قرب من الموت فاذا مات شد لحياه وغمض عيناه بذلك جرى
التوارث ثم في ذلك تحسينه فيستحسن **فصل** واذا ارادوا غسله وضعوه على سريره
لينصب الماء عنه وجعلوا على عورته خرقة اقامة لواجب الستر ويكتفي بستر العورة
الغليظة هو الصحيح تيسيرا ونزعوا ثيابه ليمكنهم التنظيف ووضؤه من غير مضمضة
واستنشاق لان الوضوء سنة الاغتسال غير ان اخراج الماء منه متعذر فيترك ثم

ثم يفيض الماء اعتبارا بحالة الحيوة ويجمر سريره وترا لما فيه من تعظيم الميت وانما يوتر لقوله عليه السلام
ان الله وتر يحب الوتر ويغلي الماء بالسدر او بالحرض مبالغة في التنظيف فان لم يكن فالماء
القراح لحصول اصل المقصود ويغسل راسه ولحيته بالخطمي ليكون انظف له ثم يضجع على شقه
الايسر فيغسل بالماء والسدر حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت منه ثم يضجع على شقه
الايمن فيغسل حتى يرى ان الماء قد وصل الى ما يلي التخت لان السنة هي البداية بالميامن
ثم يجلسه ويسنده ويمسح بطنه مسحا رفيقا تحرزا عن تلويث الكفن فان خرج منه شيء
غسله ولا يعيد غسله ولا وضوءه لان الغسل عرفناه بالنص وقد حصل مرة ثم ينشفه بثوب
كيلا تبتل اكفانه ويجعله اي الميت في اكفانه ويجعل الحنوط على راسه ولحيته والكافور
على مساجده لان التطييب سنة والمساجد اولى بزيادة الكرامة ولا يسرح شعر الميت
ولا لحيته ولا يقص ظفره ولا شعره لقول عائشة رضها علام تنصون ميتكم ولان هذه
الاشياء للزينة وقد استغنى الميت عنها وفي الحي كان تنظيفا لاجتماع الوسخ تحته وصار
كالختان **فصل** في التكفين والسنة ان يكفن الرجل في ثلثة اثواب ازار وقميص ولفافة
لما روي انه عليه السلام كفن في ثلثة اثواب بيض سحولية ولانه اكثر ما يلبسه عادة في حيوته
فكذا بعد مماته فان اقتصروا على ثوبين جاز والثوبان ازار ولفافة وهذا كفن الكفاية
لقول ابي بكر رضه اغسلوا ثوبي هذين وكفنوني فيهما ولانه ادنى لباس الاحياء والازار
من القرن الى القدم واللفافة كذلك والقميص من اصل العنق الى القدم فاذا ارادوا لف
اللفافة ابتدؤا بجانبه الايسر فلفوه عليه ثم بالايمن كما في حالة الحيوة وبسطه ان تبسط
اللفافة ثم تبسط عليها الازار ثم يقمص الميت ويوضع على الازار ثم يعطف الازار
من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم اللفافة كذلك وان خافوا ان ينتشر الكفن عنه عقدوه صيانة
عن الكشف وتكفن المراة في خمسة اثواب درع وازار وخمار ولفافة وخرقة تربط فوق
ثديها لحديث ام عطية رضها ان النبي عليه السلام اعطى اللواتي غسلن ابنته خمسة اثواب ولانها تخرج
فيها حالة الحيوة فكذلك بعد مماتها هذا بيان كفن السنة وان اقتصروا على ثلثة اثواب جاز
وهي ثوبان وخمار وهو كفن الكفاية ويكره اقل من ذلك وفي الرجل يكره الاقتصار على ثوب
واحد الا في حالة الضرورة لان مصعب بن عمير رضه حين استشهد كفن
في ثوب واحد وهذا كفن الضرورة وتلبس المراة الدرع اولا ثم يجعل شعرها ضفيرتين
على صدرها فوق الدرع ثم الخمار فوق ذلك تحت اللفافة وتجمر الاكفان قبل ان يدرج
فيها وترا لان النبي عليه السلام امر باجمار اكفان ابنته وترا والاجمار هو التطييب فاذا فرغوا منه
صلوا عليه والله اعلم **فصل** في الصلوة واولى الناس بالصلوة على الميت السلطان
ان حضر لان في التقدم عليه ازدراء به فان لم يحضر فالقاضي لانه صاحب ولاية

فان لم يحضر فيستحب تقديم امام الحي لانه رضيه في حال حياته وكذا بعد وفاته ثم الولي
والاولياء على الترتيب المذكور في النكاح فان صلى غير الولي او السلطان اعاد الولي
يعني ان شاء لما ذكرنا ان الحق للاولياء وان صلى الولي لم يجز لاحد ان يصلي بعده لان الفرض
يتأدى بالاولى والتنفل بها غير مشروع ولهذا رأينا الناس تركوا عن آخرهم الصلاة على
قبر النبي عم وهو اليوم كما وضع وان دفن الميت ولم يصل عليه صلي على قبره لان النبي عم
صلى على قبر امرأة من الانصار ويصلى عليه قبل ان يتفسخ والمعتبر في معرفة ذلك اكبر الرأي
الرأي هو الصحيح لاختلاف الحال والزمان والمكان والصلاة ان يكبر تكبيرة يحمد الله عقيبها
ثم يكبر تكبيرة ويصلي على النبي عم ثم يكبر تكبيرة ويدعو فيها لنفسه وللميت وللمسلمين
ثم يكبر تكبيرة رابعة ويسلم لانه عم كبر اربعا في آخر صلاة صلاها فنسخت ما قبلها
ولو كبر الامام خمسا لم يتابعه المؤتم خلافا لزفر لانه منسوخ لما روينا وينتظر تسليم
الامام في رواية وهو المختار والدعاء بالدعوات استغفار للميت والبداية بالثناء ثم بالصلوات
لانها سنة الدعاء ولا يستغفر للصبي ولكن يقول اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا ذخرا
واجرا واجعله لنا شافعا مشفعا ولو كبر الامام تكبيرة او تكبيرتين لا يكبر الآتي حتى يكبر
الامام بعد حضوره عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف يكبر حين يحضر لان الاولى
للافتتاح والمسبوق يأتي به ولهما ان كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدئ
بما فاته وهو منسوخ ولو كان حاضرا فلم يكبر مع الامام لا ينتظر الثانية بالاتفاق لانه بمنزلة
المدرك **قال** ويقوم الذي يصلي على المرأة والرجل بحذاء الصدر لانه موضع
القلب وفيه نور الايمان فيكون القيام عنده اشارة الى الشفاعة لايمانه وعن ابي حنيفة
انه يقوم من الرجل بحذاء رأسه ومن المرأة وسطها لان انسا رض فعل ذلك وقال
هو السنة قلنا تأويله ان جنازتها لم تكن منعوشة فحال بينها وبينهم فان صلوا على جنازة
ركبانا اجزأهم في القياس لانه دعاء وفي الاستحسان لا يجزيهم لانها صلاة من وجه لوجود
التحريمة فلا يجوز تركه من غير عذر احتياطا ولا بأس بالاذن في صلاة الجنازة لان
التقدم حق الولي فيملك ابطاله بتقديم غيره وفي بعض النسخ لا بأس بالاذان اي الاعلام
وهو ان يعلم بعضهم بعضا ليقضوا حقه ولا يصلى على ميت في مسجد جماعة لقوله عم
من صلى على ميت في مسجد جماعة فلا اجر له ولانه مبني لاداء المكتوبة ولانه يحتمل
تلويث المسجد وفيما اذا كان الميت خارج المسجد اختلاف المشايخ رح ومن استهل بعد
الولادة سمي وغسل وصلي عليه لقوله عم اذا استهل المولود صلي عليه وان لم يستهل
لم يصل عليه ولان الاستهلال دلالة الحياة فيتحقق في حقه سنة الموتى وان لم يستهل
ادرج في خرقة كرامة لبني آدم ولم يصل عليه لما روينا ويغسل في غير الظاهر من الرواية لانه

نفس من وجه وهو المختار وان سبي الصبي مع احد ابويه فمات لم يصل عليه لانه تبع
لهما الا ان يقر بالاسلام وهو يعقل لانه صح اسلامه استحسانا او يسلم احد ابويه لانه يتبع
خير الابوين دينا وان لم يسب معه احد ابويه صلي عليه لانه ظهرت تبعية الدار فيحكم
باسلامه كما في اللقيط وان مات الكافر وله ولي مسلم يغسله ويكفنه ويدفنه بذلك
امر علي رض في حق ابيه ابي طالب لكن يغسل غسل الثوب النجس ويلف في خرقة ويحفر له
حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد ولا يوضع فيه بل يلقى والله اعلم بالصواب

فصل في حمل الجنازة

واذا حملوا الميت على سريره اخذوا بقوائمه الاربع بذلك وردت السنة وفيه تكثير الجماعة
وزيادة الاكرام والصيانة وقال الشافعي رح السنة ان يحملها رجلان يضعها السابق
على اصل عنقه والتالي على صدره لان جنازة سعد بن معاذ هكذا حملت قلنا
كان ذلك لازدحام الملائكة ويسرعون به من غير خبب وهو ما دون الخبب لانه عم سئل عنه فقال
ما دون الخبب واذا بلغوا الى قبره يكره ان يجلسوا قبل ان يوضع من اعناق الرجال
لانه قد تقع الحاجة الى التعاون والقيام امكن منه قال وكيفية الحمل ان تضع
مقدم الجنازة على يمينك ثم مؤخرها على يمينك ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها
على يسارك ايثارا للتيامن وهذا في حالة التناوب **فصل** في الدفن ويحفر
القبر ويلحد لقوله عم اللحد لنا والشق لغيرنا ويدخل الميت مما يلي القبلة خلافا
للشافعي رح فان عنده يسل سلا لما روي انه عم ولنا ان جانب القبلة معظم
فيستحب الادخال منه واضطربت الروايات في ادخال النبي عم فاذا وضع في لحده يقول
واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله عم كذا قال النبي عم حين وضع ابا دجانة
رض في القبر ويوجهه الى القبلة بذلك امر رسول الله عم ويحل العقدة لوقوع الامن
من الانتشار ويسوي اللبن عليه لانه عم جعل على قبره اللبن ويسجى قبر المرأة
بثوب حتى يجعل اللبن على اللحد ولا يسجى قبر الرجل لان مبنى حالهن على الستر
ومبنى حال الرجال على الانكشاف ويكره الآجر والخشب لانهما لاحكام البناء والقبر
موضع البلى ثم بالآجر اثر النار فيكره تفاؤلا ولا بأس بالقصب وفي الجامع
الصغير يستحب القصب واللبن لانه عم جعل على قبره طن من قصب ثم يهال
عليه التراب ويسنم القبر ولا يسطح ولا يربع لانه عم نهى عن تربيع القبور ومن
شاهد قبر النبي عم اخبر انه مسنم والله اعلم

باب الشهيد

الشهيد من قتله
المشركون او وجد في المعركة وبه اثر او قتله المسلمون ظلما ولم يجب بقتله دية
فيكفن ويصلى عليه ولا يغسل لانه في معنى شهداء احد وقال عم فيهم زملوهم

بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم وكل من قتل ظلماً بالحديدة وهو طاهر بالغ ولم يجب عوض
مالي في مقابلته فيلحق بهم والمراد بالآلة الجارحة لأن الآلة دلالة القتل وكذا خروج الدم
من موضع غير معتاد كالعين ونحوها والشافعي يخالفنا في الصلاة ويقول
السيف محاء للذنوب فأغنى عن الشفاعة ونحن نقول الصلاة على الميت لإظهار
كرامته والشهيد أولى بها والطاهر عن الذنوب لا يستغني عن الدعاء كالصبي والنبي
عليه السلام ومن قتله أهل الحرب أو أهل البغي أو قطاع الطريق فبأي شيء قتلوه
لم يغسل لأن شهداء أحد ما كان كلهم قتيل السيف والسلاح وإذا استشهد الجنب
غسل عند أبي حنيفة رح وقالا لا يغسل لأن ما وجب بالجنابة سقط بالموت والثاني
لم يجب للشهادة ولأبي حنيفة رح أن الشهادة عرفت مانعة لا رافعة فلا ترفع الجنابة
وقد صح أن حنظلة رض لما استشهد جنباً غسلته الملائكة وعلى هذا الخلاف الحائض والنفساء
إذا طهرتا وكذا قبل الانقطاع في الصحيح من الرواية وعلى هذا الخلاف
الصبي لهما أن الصبي أحق بهذه الكرامة وله أن السيف كفى عن الغسل في حق شهداء
أحد بوصف كونه طهرة ولا ذنب للصبي فلم يكن في معناهم ولا يغسل عن الشهيد
دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا وينزع عنه الفرو والحشو والقلنسوة والخف
والسلاح لأنها ليست من جنس الكفن ويزيدون وينقصون ما شاؤوا إتماماً للكفن
ومن ارتث غسل والارتثاث وهو أن صار خلقاً في حكم الشهادة لنيل مرافق الحياة
لأن بذلك يخف أثر الظلم فلم يكن في معنى شهداء أحد والارتثاث أن يأكل أو يشرب
أو ينام أو يداوى أو ينقل من المعركة حياً لأنه نال بعض مرافق الحياة وشهداء أحد ماتوا
عطاشاً والكأس يدار عليهم فلم يقبلوا خوفاً من نقصان الشهادة إلا إذا حمل من مصرعه
كيلا تطأه الخيول لأنه ما نال شيئاً من الراحة ولو آواه فسطاط أو خيمة كان مرتثاً
لما بيناه ولو بقي حياً حتى مضى عليه وقت صلاة وهو يعقل فهو مرتث لأن تلك الصلاة
تصير ديناً في ذمته وهو من أحكام الأحياء قال رض وهذا مروي عن أبي يوسف رحمه الله
ولو أوصى بشيء من أمور الآخرة كان ارتثاثاً عند أبي يوسف رح لأنه ارتفاق وعند محمد رحمه الله
لا يكون ارتثاثاً لأنه من أحكام الأموات ومن وجد قتيلاً في المصر غسل لأن الواجب فيه
القسامة والدية فخف أثر الظلم إلا إذا علم أنه قتل بحديدة ظلماً لأن الواجب فيه القصاص
وهو عقوبة والقاتل لا يتخلص عنها ظاهراً إما في الدنيا أو في العقبى وعند أبي يوسف
ومحمد رح ما لا يلبث بمنزلة السيف ويعرف في الجنايات إن شاء الله تعالى ومن قتل
في حد أو قصاص غسل وصلي عليه لأنه باذل نفسه لإيفاء حق مستحق عليه وشهداء
أحد بذلوا أنفسهم لابتغاء مرضات الله تعالى فلا يلحق بهم ومن قتل من البغاة أو قطاع

أو قطاع الطريق لم يصل عليه لأن علياً رض لم يصل على البغاة والله أعلم بالصواب

باب الصلاة في الكعبة

الصلاة في الكعبة جائزة فرضها ونفلها خلافاً للشافعي رح فيهما ولمالك في الفرض
لأن النبي عم صلى في جوف الكعبة يوم الفتح ولأنها صلاة استجمعت شرائطها لوجود
استقبال القبلة لأن استيعابها ليس بشرط فإن صلى الإمام بجماعة فيها فجعل بعضهم
ظهره إلى ظهر الإمام جاز لأنه متوجه إلى القبلة ولا يعتقد إمامه على الخطأ بخلاف
مسألة التحري ومن جعل ظهره إلى وجه الإمام لم تجز صلاته لتقدمه على إمامه وإذا صلى الإمام
في المسجد الحرام فتحلق الناس حول الكعبة وصلوا بصلاة الإمام فمن كان منهم أقرب
إلى الكعبة من الإمام جازت صلاته إذا لم يكن في جانب الإمام لأن التقدم والتأخر إنما
يظهر عند اتحاد الجانب ومن صلى على ظهر الكعبة جازت صلاته خلافاً للشافعي رح لأن
الكعبة هي العرصة والهواء إلى عنان السماء عندنا دون البناء لأنه ينقل ألا ترى أنه لو صلى
على أبي قبيس جاز ولا بناء بين يديه إلا أنه يكره لما فيه من ترك التعظيم وقد ورد النهي عنه
عن النبي عم والله أعلم بالصواب

كتاب الزكوة

الزكاة واجبة على الحر البالغ العاقل المسلم
إذا ملك نصاباً ملكاً تاماً وحال عليه الحول أما الوجوب فلقوله تعالى وآتوا الزكوة وقوله عم
أدوا زكاة أموالكم وعليه إجماع الأمة والمراد بالوجوب الفرض لأنه لا شبهة فيه واشتراط
الحرية لأن كمال الملك بها والبلوغ والعقل لما نذكره والإسلام لأن الزكوة عبادة فلا تتحقق
من الكافر ولا بد من ملك مقدار النصاب لأنه عم قدر الزكوة به ولا بد من الحول لأنه لا بد
من مدة يتحقق فيها النماء وقدرها الشرع بالحول لقوله عم لا زكوة في مال حتى يحول عليه الحول
ولأنه الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول المختلفة والغالب تفاوت الأسعار فيها فأدير
الحكم عليه ثم قيل هو واجب على الفور لأنه مقتضى مطلق الأمر وقيل على التراخي لأن جميع العمر
وقت الأداء ولهذا لا يضمن بهلاك النصاب بعد التفريط وليس على الصبي والمجنون زكوة
خلافاً للشافعي رح فإنه يقول هي غرامة مالية فتعتبر بسائر المؤن كنفقة الزوجات وصار
كالعشر والخراج ولنا أنها عبادة فلا تتأدى إلا بالاختيار تحقيقاً لمعنى الابتلاء ولا اختيار
لهما لعدم العقل بخلاف الخراج لأنه مؤنة الأرض وكذا الغالب في العشر معنى المؤنة ومعنى
العبادة تابع ولو أفاق في بعض السنة فهو بمنزلة إفاقته في بعض الشهر في الصوم وعن
أبي يوسف رح أنه يعتبر أكثر الحول ولا فرق بين الأصلي والعارض وعن أبي حنيفة رحمه الله
أنه إذا بلغ مجنوناً يعتبر الحول من وقت الإفاقة بمنزلة الصبي إذا بلغ وليس على المكاتب
زكوة لأنه ليس بمالك من كل وجه لوجود المنافي وهو الرق ولهذا لم يكن من أهل أن يعتق عبده
ومن كان عليه دين يحيط بجميع ماله فلا زكوة عليه وقال الشافعي رح تجب لتحقق السبب

وهو ملك نصاب تام ولنا انه مشغول بحاجته الاصلية فاعتبر معدوما كالماء المستحق
بالعطش وثياب المهنة وان كان ماله اكثر من دينه زكى الفاضل اذا بلغ نصابا لفراغه عن الحاجة
والمراد به دين له مطالب من جهة العباد حتى لا يمنع دين النذور والكفارة ودين
الزكوة مانع حال بقاء النصاب لانه ينتقص به النصاب وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر
فيهما ولابي يوسف رح في الثاني على ما روي عنه لان له مطالبا وهو الامام في السوائم ونائبه
في اموال التجارة فان الملاك نوابه وليس في دور السكنى وثياب البدن واثاث المنازل
ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال زكوة لانها مستغرقة بالحاجة الاصلية
وليست بنامية ايضا وعلى هذا كتب العلم لاهلها والات المحترفين لما قلنا ومن كان له على اخر
دين فجحده سنين ثم قامت به بينة لم يزكها لما مضى معناه صارت له بينة بان اقر عند الناس
وهي مسئلة مال الضمار وفيه خلاف زفر والشافعي رح ومن جملته المال المفقود والابق
والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط في البحر والمدفون في المفازة اذا نسي مكانه
والذي اخذه السلطان مصادرة ووجوب صدقة الفطر بسبب الابق والضال و
المغصوب على هذا الخلاف لهما ان السبب قد تحقق وفوات اليد غير مخل بالوجوب
كابن السبيل ولنا قول علي رض لا زكوة في مال الضمار ولان السبب هو المال النامي
ولا نماء الا بالقدرة على التصرف ولا قدرة عليه وابن السبيل يقدر بنائبه والمدفون
في البيت نصاب لتيسر الوصول اليه وفي المدفون في ارض او كرم اختلاف المشايخ رضي الله عنهم
ولو كان الدين على مقر ملي او معسر تجب الزكوة لامكان الوصول اليه ابتداء او بواسطة
التحصيل وكذا لو كان على جاحد وعليه بينة او علم به القاضي لما قلنا ولو كان على مقر مفلس فهو
نصاب عند ابي حنيفة رح لان تفليس القاضي لا يصح عنده وعند محمد رح لا تجب لتحقق
الافلاس عنده بالتفليس وابو يوسف مع محمد في تحقق الافلاس ومع ابي حنيفة رح
في حكم الزكاة رعاية لجانب الفقراء ومن اشترى جارية للتجارة ونواها للخدمة بطلت عنه
الزكوة لاتصال النية بالعمل وهو ترك التجارة فان نواها للتجارة بعد ذلك
لم يكن للتجارة حتى يبيعها فيكون في ثمنها زكوة لان النية لم تتصل بالعمل اذ هو لم يتجر
فلم تعتبر ولهذا يصير المسافر مقيما بمجرد النية ولا يصير المقيم مسافرا الا بالسفر
وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان للتجارة لاتصال النية بالعمل بخلاف ما اذا ورث
ونوى التجارة لانه لا عمل ولو ملكه بالهبة او بالوصية او النكاح او الخلع او الصلح
عن القود ونواه للتجارة كان للتجارة عند ابي يوسف رح لاقترانها بالعمل وعند محمد
لا يصير للتجارة لانها لم تقارن عمل التجارة وقيل الاختلاف على عكسه ولا يجوز
اداء الزكوة الا بالنية مقارنة للاداء او مقارنة لعزل مقدار الواجب لان الزكاة عبادة وكان

من شرطها النية والاصل فيها الاقتران الا ان الدفع يتفرق فاكتفي بوجودها
حالة العزل تيسيرا كتقديم النية في الصوم ومن تصدق بجميع ماله لا ينوي الزكوة سقط
فرضها عنه استحسانا لان الواجب جزء منه فكان متعينا فيه فلا حاجة الى التعيين ولو
ادى بعض النصاب سقط زكوة المؤدى عند محمد رح لان الواجب شايع في الكل وعند ابي يوسف
لا يسقط لان البعض غير متعين لكون الباقي محلا للواجب بخلاف الاول والله اعلم

باب صدقة السوائم فصل

في الابل قال ليس في اقل من خمس ذود صدقة فاذا بلغت خمسا سائمة وحال عليها
الحول ففيها شاة الى تسع فاذا كانت عشرا ففيها شاتان الى اربع عشرة فاذا كانت خمس عشرة
ففيها ثلث شياه الى تسع عشرة فاذا كانت عشرين ففيها اربع شياه الى اربع وعشرين
فاذا كانت خمسا وعشرين ففيها بنت مخاض وهي التي طعنت في الثانية الى خمس
وثلثين فاذا كانت ستا وثلثين ففيها بنت لبون وهي التي طعنت في الثالثة الى خمس
واربعين فاذا كانت ستا واربعين ففيها حقة وهي التي طعنت في الرابعة الى ستين
فاذا كانت احدى وستين ففيها جذعة وهي التي طعنت في الخامسة الى خمس وسبعين
فاذا كانت ستا وسبعين ففيها بنتا لبون الى تسعين فاذا كانت احدى وتسعين ففيها
حقتان الى مائة وعشرين بهذا اشتهرت كتب الصدقات من رسول الله عم ثم اذا
زادت على مائة وعشرين تستانف الفريضة فيكون في الخمس شاة مع الحقتين وفي
العشر شاتان مع الحقتين وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي العشرين اربع شياه وفي خمس
وعشرين بنت مخاض الى مائة وخمسين فيكون فيها ثلث حقاق ثم تستانف الفريضة
فيكون في الخمس شاة وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلث شياه وفي عشرين اربع شياه
وفي خمس وعشرين بنت مخاض وفي ست وثلثين بنت لبون فاذا بلغت مائة وستا
وتسعين ففيها اربع حقاق الى مائتين ثم تستانف الفريضة ابدا كما تستانف
في الخمسين التي بعد المائة والخمسين وهذا عندنا وقال الشافعي رح اذا زادت
على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلث بنات لبون فاذا صارت مائة وثلثين ففيها حقة
وبنتا لبون ثم يدار الحساب على الاربعينات والخمسينات فيجب في كل اربعين بنت لبون
وفي كل خمسين حقة لما روي انه عم كتب اذا زادت الابل على مائة وعشرين
ففي كل خمسين حقة وفي كل اربعين بنت لبون من غير شرط عود ما دونها ولنا
انه عم كتب في اخر ذلك في كتاب عمرو بن حزم فما كان اقل من ذلك ففي كل خمس ذود شاة
فنعمل بالزيادة والبخت والعراب سواء لان مطلق الاسم يتناولهما والله اعلم

فصل في البقر

ليس في اقل من ثلاثين من البقر السائمة صدقة فاذا كانت ثلاثين سائمة وحال عليها الحول ففيها
تبيع او تبيعة وهي التي طعنت في الثانية وفي اربعين مسن او مسنة وهي التي طعنت
في الثالثة بهذا امر رسول الله عم معاذا رض فاذا زادت على الاربعين وجبت في الزيادة
بقدر ذلك الى ستين عند ابي حنيفة رح ففي الواحدة ربع عشر مسنة وفي الاثنين نصف
عشر مسنة وفي الثلاث ثلاثة ارباع عشر مسنة وهذه رواية الاصل لان العفو ثبت نصا
بخلاف القياس ولا نص هاهنا وروى الحسن عنه رح انه لا يجب في الزيادة حتى تبلغ خمسين
ثم يكون فيها مسنة وربع مسنة او ثلث تبيع لان مبنى هذا النصاب على ان يكون بين كل
عقدين وقص وفي كل عقد واجب وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء في الزيادة حتى
تبلغ ستين وهو رواية عن ابي حنيفة رح لقوله عم لمعاذ رض لا تاخذ من اوقاص البقر
شيئا وفسروه بما بين اربعين الى ستين قلنا قد قيل ان المراد منها الصغار ثم في
الستين تبيعان او تبيعتان وفي سبعين مسنة وتبيع وفي ثمانين مسنتان وفي تسعين
ثلاثة اتبعة وفي المائة تبيعتان ومسنة وعلى هذا يتغير الفرض في كل عشر من تبيع الى مسنة
ومن مسنة الى تبيع لقوله عم في كل ثلاثين من البقر تبيع او تبيعة وفي كل اربعين مسنة
والجواميس والبقر سواء لان اسم البقر يتناولهما اذ هو نوع منه الا ان اوهام الناس لا تسبق
اليه في ديارنا لقلته فلذلك لا يحنث به في يمينه لا ياكل لحم البقر

فصل في الغنم

ليس في اقل من اربعين من الغنم السائمة صدقة فاذا كانت اربعين سائمة وحال عليها
الحول ففيها شاة الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها شاتان الى مائتين
فاذا زادت واحدة ففيها ثلاث شياه فاذا بلغت اربع مائة ففيها اربع شياه ثم في كل مائة
شاة هكذا ورد البيان في كتاب رسول الله عم وفي كتاب ابي بكر الصديق رض وعليه انعقد
الاجماع والضأن والمعز سواء لان لفظ الغنم يتناول الكل والنص ورد به ويؤخذ
الثني في زكوتها ولا يؤخذ الجذع والثني منها ما تمت له سنة والجذع ما اتى عليه اكثرها
وعن ابي حنيفة رح وهو قولهما انه يؤخذ الجذع لقوله عم انما حقنا الجذعة والثنية ولانه
يتادى به الاضحية فكذا الزكوة وجه الظاهر حديث علي رض موقوفا ومرفوعا لا يؤخذ
في الزكوة الا الثني فصاعدا ولان الواجب هو الوسط وهذا من الصغار ولهذا لا
يجوز فيها الجذع من المعز وجواز التضحية به عرف نصا والمراد بما روي الجذعة من الابل
ويؤخذ في زكوة الغنم الذكور والاناث لان اسم الشاة يتناولهما وقد قال عم في كل اربعين
شاة شاة

فصل في الخيل

اذا كانت الخيل سائمة ذكورا واناثا فصاحبها بالخيار ان شاء
اعطى عن كل فرس دينارا وان شاء قومها واعطى من كل مائتي درهم خمسة دراهم وهذا عند ابي حنيفة
وهو قول زفر وقالا لا زكوة في الخيل لقوله عم ليس على المسلم في عبده ولا في فرسه صدقة

صدقة وله قوله عم في كل فرس سائمة دينار او عشرة دراهم وتاويل ما رواه فرس الغازي
هو المنقول عن زيد بن ثابت رض والتخيير بين الدينار والتقويم ماثور عن عمر رضي الله عنه
وليس في ذكورها منفردة زكوة لانها لا تتناسل وكذا في الاناث المنفردات في رواية وعنه
الوجوب فيها لانها تتناسل بالفحل المستعار بخلاف الذكور وعنه انها تجب في الذكور المنفردة
ايضا ولا شيء في البغال والحمير لقوله عم لم ينزل علي فيهما شيء والمقادير تثبت سماعا الا
ان تكون للتجارة لان الزكوة حينئذ تتعلق بالمالية كسائر اموال التجارة والله اعلم

فصل

وليس في الفصلان والحملان والعجاجيل صدقة عند ابي حنيفة رح وهذا اخر اقواله وهو
قول محمد رح وكان يقول اولا يجب فيها ما يجب في المسان وهو قول زفر ومالك ثم رجع وقال
فيها واحدة منها وهو قول ابي يوسف والشافعي وجه قول الاول ان الاسم المذكور في الخطاب
ينتظم الصغار والكبار ووجه الثاني تحقيق النظر من الجانبين كما يجب في المهازيل واحدة
منها ووجه الاخير ان المقادير لا يدخلها القياس فاذا امتنع ايجاب ما ورد به الشرع
امتنع اصلا واذا كان فيها واحد من المسان جعل الكل تبعا له في انعقادها نصابا دون
تادية الزكوة ثم لا يجب عن الوحدة باداء واحد من الصغار عند ابي يوسف رح ولا يجب
فيما دون الاربعين من الحملان وفيما دون الثلاثين من العجاجيل ويجب في خمس
وعشرين من الفصلان واحدة ثم لا يجب شيء حتى تبلغ مبلغا لو كانت مسانا لثنى
الواجب ثم لا يجب حتى يبلغ مبلغا لو كانت مسانا لثلث الواجب ولا يجب
فيما دون خمس وعشرين وفي رواية وعنه انه يجب في الخمس فصيل وفي العشر فصيلان
على هذا الاعتبار وعنه انه ينظر الى قيمة خمس فصيل في الخمس والى قيمة شاة
فيجب اقلهما وفي العشر الى قيمة شاتين والى قيمة خمسي فصيل وعلى هذا الاعتبار قال
ومن وجب عليه سن فلم يوجد عنده اخذ المصدق اعلى منها ورد الفضل او اخذ
دونها واخذ الفضل وهذا يبنى على ان اخذ القيمة في باب الزكوة جائز عندنا على ما
نذكره ان شاء الله تعالى الا ان في الوجه الاول له ان لا ياخذ ويطالب بعين الواجب
او بقيمته لانه شراء وفي الوجه الثاني يجبر لانه لا بيع فيه بل هو اعطاء بالقيمة ويجوز
دفع القيم في الزكوة عندنا وكذا في الكفارة وصدقة الفطر والعشر والنذور وقال
الشافعي لا يجوز اتباعا للمنصوص كما في الهدايا والضحايا ولنا ان الامر بالاداء الى
الفقير ايصالا للرزق الموعود اليه فيكون ابطالا لقيد الشاة فصار كالجزية بخلاف
الهدايا لان القربة فيها اراقة الدم وهو لا يعقل ووجه القربة في المتنازع فيه
سد خلة المحتاج وهو معقول وليس في العوامل والحوامل والعلوفة صدقة خلافا

لمالك ظاهر المنصوص ولنا قوله عليه السلام ليس في الحوامل والعوامل ولا في البقر المثيرة
صدقة ولأن السبب هو المال النامي ودليله الإسامة أو الإعداد للتجارة ولم يوجد
ولأن في العلوفة تتراكم المؤنة فينعدم النماء معنى ثم السائمة هي التي تكتفي بالرعي
في أكثر الحول لو علفها نصف الحول أو أكثر كانت علوفة لأن القليل تابع للكثير ولا
يأخذ المصدق خيار المال ولا رذالته ويأخذ الوسط لقوله عليه السلام لا تأخذوا من حزرات
أموال الناس أي كرائمها وخذوا من حواشي أموالهم أي أوساطها ولأن فيه نظرا من الجانبين
ومن كان له نصاب فاستفاد في أثناء الحول من جنسه ضمه إليه وزكاه به وقال الشافعي رحمه الله
لا يضم لأنه أصل في حق الملك فكذا في وظيفته بخلاف الأولاد والأرباح لأنها تابعة
للمال حتى ملكت بملك الأصل ولنا أن المجانسة هي العلة في الأولاد والأرباح لأن عندها
يتعسر التمييز فيعسر اعتبار الحول لكل مستفاد وما شرط الحول إلا للتيسير والزكوة عند
أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في النصاب دون العفو وقال محمد وزفر فيهما حتى لو هلك
العفو وبقي النصاب بقي كل الواجب عندهما وعند محمد وزفر رحمهما الله يسقط بقدرها
لمحمد وزفر أن الزكوة وجبت شكرا لنعمة المال والكل نعمة ولهما قوله عليه السلام في خمس من الإبل
شاة وليس في الزيادة شيء حتى تبلغ عشرا وهكذا قال في كل نصاب فنفى الوجوب
عن العفو ولأن العفو تبع للنصاب فيصرف الهلاك بعد العفو إلى النصاب الأخير
ثم إلى الذي يليه إلى أن ينتهي لأن الأصل هو النصاب الأول وما زاد عليه تابع وعند
أبي يوسف رحمه الله يصرف إلى العفو أولا ثم إلى النصاب شائعا وإذا أخذ الخوارج الخراج وصدقة
السوائم لا يثنى عليهم لأن الإمام لا يحميهم والجباية بالحماية وأفتوا بأن يعيدوها
دون الخراج لأنهم مصارف الخراج لكونهم مقاتلة والزكوة مصرفها الفقراء ولا
يصرفونها بما عليهم من التبعات فقراء والأول أحوط وليس على الصبي من بني تغلب في سائمته
شيء وعلى المرأة منهم ما على الرجل لأن الصلح قد جرى على ضعف ما يؤخذ
من المسلمين ويؤخذ من نسائهم المسلمين دون صبيانهم وإن هلك المال بعد وجوب
الزكوة سقطت الزكوة وقال الشافعي رحمه الله يضمن إذا هلك بعد التمكن من الأداء
لأن الواجب في الذمة فصار كصدقة الفطر ولأنه منعه بعد الطلب فصار كما في الاستهلاك
ولنا أن الواجب جزء من النصاب تحقيقا للتيسير فيسقط بهلاك محله كدفع العبد الجاني بالجناية
يسقط بهلاكه والمستحق فقير يعينه المالك ولم يتحقق منه الطلب والساعي قيل يضمن
وقيل لا يضمن لانعدام التفويت وفي الاستهلاك وجد التعدي وفي هلاك البعض
يسقط بقدره اعتبارا بالكل وإن قدم الزكوة على الحول وهو مالك للنصاب جاز
لأنه أدى بعد سبب الوجوب فيجوز كما إذا كفر بعد الجرح وفيه خلاف مالك رحمه الله ويجوز

ويجوز التعجيل لأكثر من سنة لوجود السبب ويجوز لنصب إذا كان في ملكه نصاب واحد
خلافا لزفر رحمه الله لأن النصاب الأول هو الأصل في السببية والزائد عليه تابع له والله أعلم

باب زكوة المال فصل في الفضة

ليس فيما دون مائتي درهم صدقة لقوله عليه السلام ليس فيما دون خمس أواق صدقة والأوقية أربعون
درهما فإذا كانت مائتين وحال عليها الحول ففيها خمسة دراهم لأنه عليه السلام كتب إلى
معاذ أن خذ من كل مائتي درهم خمسة دراهم ومن كل عشرين مثقالا من ذهب نصف مثقال
ولا شيء في الزيادة حتى تبلغ أربعين درهما فيكون فيها درهم ثم في كل أربعين درهما درهم
وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال صاحباه ما زاد على المائتين فزكوته بحسابه وهو قول
الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام في حديث علي رضي الله عنه وما زاد على المائتين فبحسابه ولأن الزكوة
وجبت شكرا لنعمة المال واشتراط النصاب في الابتداء لتحقق الغنى وبعد النصاب
في النصاب في السوائم تحرزا عن التشقيص ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام في حديث معاذ رضي الله عنه
لا تأخذ من الكسور شيئا وقوله في حديث عمرو بن حزم رضي الله عنه ليس فيما دون الأربعين صدقة
ولأن الحرج مدفوع وفي إيجاب الكسور ذلك لتعذر الوقوف والمعتبر في الدراهم
وزن سبعة وهو أن يكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل بذلك جرى التقدير في ديوان
عمر رضي الله عنه واستقر الأمر عليه وإذا كان الغالب على الورق الفضة فهو في حكم الفضة
وإذا كان الغالب عليها الغش فهو في حكم العروض يعتبر أن تبلغ قيمته نصابا لأن الدراهم
لا تخلو عن قليل غش لأنها لا تنطبع إلا به وتخلو عن الكثير فجعلنا الغلبة فاصلة
وهو أن يزيد على النصف اعتبارا للحقيقة وسنذكره في الصرف إن شاء الله تعالى
إلا أنه في غالب الغش لا بد من نية التجارة كما في سائر العروض إلا إذا كان تخلص منها
فضة تبلغ نصابا فلا يشترط ذلك لأنه لا تعتبر في عين الفضة القيمة ولا نية التجارة

فصل في الذهب

ليس فيما دون عشرين مثقالا من الذهب صدقة فإذا كانت عشرين مثقالا ففيها
نصف مثقال لما روينا والمثقال ما يكون كل سبعة منها وزن عشرة دراهم وهو المعروف
ثم في كل أربعة مثاقيل قيراطان لأن الواجب ربع العشر وذلك فيما قلنا إذ كل مثقال
عشرون قيراطا وليس فيما دون أربعة مثاقيل صدقة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما
يجب بحساب ذلك وهي مسألة الكسور وكل دينار عشرة دراهم في الشرع فيكون أربعة
مثاقيل في هذا كأربعين درهما وفي تبر الذهب والفضة وحليهما وأوانيهما الزكوة
وقال الشافعي رحمه الله لا يجب في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال لأنه مبتذل في مباح
فشابه ثياب البذلة ولنا أن السبب مال نام ودليل النماء موجود وهو الإعداد

للتجارة خلقة والدليل هو المعتبر بخلاف الثياب لما علم **فصل في العروض** الزكوة
واجبة في عروض التجارة كائنة ما كانت اذا بلغت قيمتها نصابا من الورق والذهب
لقوله عم فيها يقومها فيؤدي من كل مائتي درهم خمسة دراهم ولانها معدة للاستنماء
باعداد العبد فاشبه المعد باعداد الشرع وتشترط نية التجارة ليثبت الاعداد ثم
قال يقومها بما هو انفع للفقراء والمساكين احتياطا لحق الفقراء قال رض وهذا رواية
عن ابي حنيفة رض وفي الاصل خيره لان الثمنين في تقدير قيم الاشياء بهما سواء وتفسير الانفع
ان يقومها بما تبلغ نصابا وعن ابي يوسف رح انه يقومها بما اشتري ان كان الثمن من النقود
لانه ابلغ في معرفة المالية وان اشتراها بغير النقود قومها بالنقد الغالب وعن محمد رح
انه يقومها بالنقد الغالب في كل حال كما في المغصوب والمستهلك واذا كان النصاب كاملا
في طرفي الحول فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكوة لانه يشق اعتبار الكمال في
اثنائه اما لا بد منه في ابتدائه للانعقاد وتحقق الغنى وفي انتهائه للوجوب ولا كذلك
فيما بين ذلك لانه حالة البقاء وتضم قيمة العروض الى الذهب والفضة لان الوجوب في الكل
باعتبار التجارة وان افترقت جهة الاعداد ويضم الذهب الى الفضة للمجانسة
من حيث الثمنية ومن هذا الوجه صار سببا ثم يضم مائة درهم وخمسة مثاقيل ذهب
وتبلغ قيمتها مائة درهم فعليه الزكوة عنده خلافا لهما هما يقولان المعتبر فيهما القدر
دون القيمة حتى لا يجب الزكوة في مصوغ وزنه اقل من مائتي درهم وقيمته فوقها
وهو يقول ان الضم للمجانسة وهو يتحقق باعتبار القيمة دون الصورة فيضم بها

باب فيمن يمر على العاشر

اذا مر على العاشر بمال فقال اصبته منذ اشهر او علي دين وحلف صدق والعاشر
من نصبه الامام على الطريق لياخذ الصدقات من التجار فمن انكر منهم تمام الحول او
الفراغ عن الدين كان منكرا للوجوب والقول قول المنكر مع اليمين وكذا اذا قال اديت
الى عاشر اخر ومراده اذا كان في تلك السنة لانه ظهر كذبه بيقين وكذا اذا قال اديتها
انا يعني الى الفقراء في المصر لان الاداء كان مفوضا اليه فيه وولاية الاخذ بالمرور
لدخوله تحت الحماية وكذا الجواب في صدقة السوائم في ثلثة فصول وفي الفصل الرابع
وهو ما اذا قال اديت بنفسي الى الفقراء في المصر لا يصدق وان حلف وقال الشافعي رح
يصدق لانه اوصل الحق الى المستحق ولنا ان حق الاخذ للسلطان فلا يملك ابطاله
بخلاف الاموال الباطنة ثم قيل الزكوة هو الاول والثاني سياسة وقيل هو الثاني والاول
ينقلب نفلا وهو الصحيح ثم فيما يصدق في السوائم واموال التجارة لم يشترط اخراج
البراءة في الجامع الصغير وشرطه في الاصل وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رح لانه

لانه ادعى ولصدق دعواه علامة فيجب ابرازها وجه الاول ان الخط يشبه الخط فلم يعتبر
علامة وما صدق فيه المسلم صدق فيه الذمي لان ما يؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من المسلم
فتراعي تلك الشرائط تحقيقا للتضعيف ولا يصدق الحربي الا في الجواري يقول هن
امهات اولادي لان الاخذ منه بطريق الحماية وما في يده من المال يحتاج الى الحماية غير ان اقراره
بنسب من في يده منه صحيح فكذا بامية الولد لانه يتبنى عليه فانعدمت صفة المالية فيهن والاخذ
لا يجب الا من المال ويؤخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي نصف العشر ومن الحربي العشر
هكذا امر عمر رض سعاته وان مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه شيء الا ان يكونوا ياخذون
منا من مثلها لان الاخذ منهم بطريق المجازاة بخلاف المسلم والذمي لان المأخوذ زكوة
وضعفها فلا بد من النصاب وهذا في الجامع الصغير وفي كتاب الزكوة لا ناخذ من القليل
وان كانوا ياخذون منا لان القليل لم يزل عفوا ولانه لا يحتاج الى الحماية وان مر حربي
بمائتي درهم ولا يعلم كم ياخذون منا ناخذ منه العشر لقول عمر رض فان اعياكم فالعشر
وان علم انهم ياخذون منا ربع العشر او نصف العشر ناخذ بقدره وان كانوا ياخذون
الكل لا ناخذ الكل لانه غدر وان كانوا لا ياخذون اصلا لا ناخذ منهم ليتركوا الاخذ
من تجارنا ولان اصلح مكارم الاخلاق منهم وان مر حربي على عاشر فعشره ثم مر مرة اخرى
لم يعشره حتى يحول الحول لان الاخذ في كل مرة استيصال المال وحق الاخذ لحفظه
ولان الامان الاول باق وبعد الحول يتجدد الامان لانه لا يمكن من المقام الا حولا
والاخذ بعده لا يستاصل المال وان عشره فرجع الى دار الحرب ثم خرج من يومه ذلك
عشره ايضا لانه رجع بامان جديد وكذا الاخذ بعده لا يفضي الى الاستيصال فان
مر ذمي بخمر او خنزير عشر الخمر دون الخنزير وقوله عشر الخمر اي من قيمتها وقال
الشافعي رح لا يعشرهما لانه لا قيمة لهما وقال زفر يعشرهما لاستوائهما في المالية
عندهم وقال ابو يوسف رح يعشرهما اذا مر بهما جملة كانه جعل الخنزير تبعا للخمر وان مر بكل
واحد على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير منها وفي ذوات الامثال القيمة ليس لها هذا الحكم
والخمر منها ولان حق الاخذ للحماية والمسلم يحميه بالاسلام فكذا لا يحميه على غيره
ولو مر صبي او امراة من بني تغلب بمال ليس على الصبي شيء وعلى المراة ما على الرجل
لما ذكرنا في السوائم ومن مر على عاشر بمائة درهم واخبره ان له في منزله مائة اخرى
قد حال عليها الحول لم يزك التي مر بها لقلتها وما في بيته لم يدخل تحت حمايته فلو مر بالفي
درهم بضاعة لم يعشرها لانه غير مأذون باداء زكوتها وكذا المضاربة يعني اذا مر
المضارب به وكان ابو حنيفة يقول اولا يعشرها لقوة حق المضارب حتى لا يملك رب المال
نهيه عن التصرف فيه بعدما صار عروضا فنزل منزلة المالك ثم رجع الى ما ذكرنا

في الكتاب وهو قولهما لانه ليس بمالك فلا نايب عنه في اداء الزكوة الا ان يكون في المال ربح يبلغ
نصيبه نصابا فيؤخذ منه لانه مالك له ولو مر عبد ماذون له بمايتي درهم وليس عليه دين فعشره
قال ابو يوسف رح لا ادري ان ابا حنيفة رجع عن هذا ام لا وقياس قوله الثاني في المضاربة
وهو قولهما انه لا يعشر لان الملك فيما بيده للمولى وله التصرف فصار كالمضارب وقيل في الفرق
بينهما ان العبد يتصرف لنفسه لا يرجع بالعهدة على المولى فكان هو المحتاج الى الحماية والمضارب يتصرف
بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة على رب المال فكان رب المال هو المحتاج الى الحماية فلا يكون
الرجوع في المضارب رجوعا منه في العبد وان كان مولاه معه يؤخذ منه لان الملك له الا
اذا كان على العبد دين يحيط بماله لانعدام الملك او الشغل ومن مر على عاشر الخوارج في ارض
قد غلبوا عليها فعشره ثنى عليه الصدقة يعني اذا مر على عاشر اهل العدل لان التقصير جاء من قبله
حيث مر عليه والله اعلم

باب في الركاز

قال رح معدن ذهب او فضة او حديد او رصاص
او صفر وجد في ارض خراج او عشر ففيه الخمس عندنا وقال الشافعي رح لا شيء عليه لانه مباح سبقت
يده اليه كالصيد الا اذا كان المستخرج ذهبا او فضة فيجب فيه الزكوة ولا يشترط فيه الحول
في قول لانه نماء كله والحول للتنمية ولنا قوله عم وفي الركاز الخمس وهو من الركز فانطلق
على المعدن ولانه كان في ايدي الكفرة وحوته ايدينا غلبة فكان غنيمة وفي الغنايم الخمس بخلاف
الصيد لانه لم يكن في يد احد الا ان للغانمين يدا حكمية لثبوتها على الظاهر واما الحقيقية
فللواجد فاعتبرنا الحكمية في حق الخمس والحقيقية في حق الاربعة الاخماس حتى كانت للواجد
ولو وجد في داره معدنا فليس فيه شيء عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
فيه الخمس لاطلاق ما روينا وله انه من اجزاء الارض مركب فيها ولا مؤنة في ساير الاجزاء
فكذا في هذا الجزء لان الجزء لا يخالف الجملة بخلاف الكنز لانه غير مركب فيها وان وجد في ارضه
فعن ابي حنيفة رح روايتان ووجه الفرق على احديهما وهي رواية الجامع الصغير ان الدار
ملكت خالية عن المؤن دون الارض ولهذا وجب العشر والخراج في الارض دون الدار
فكذا هذه المؤنة وان وجد ركازا اي كنزا وجب الخمس عندهم لما روينا واسم الركاز ينطلق
على الكنز لمعنى الركز فيه وهو الاثبات ثم ان كان على ضرب اهل الاسلام كالمكتوب عليها
كلمة الشهادة فهو بمنزلة اللقطة وقد عرف حكمها في موضعها وان كان على ضرب اهل الجاهلية
كالمنقوش عليه الصنم ففيه الخمس على كل حال لما بينا ثم ان وجده في ارض مباحة فاربعة
اخماسه للواجد ثم ان الدار عنه اذ لا علم به للغانمين فيختص هو به وان وجده في ارض
مملوكة فكذا الحكم عند ابي يوسف رح لان الاستحقاق بتمام الحيازة وهي منه وعند ابي حنيفة
ومحمد رح هو للمختط له وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة اول الفتح لانه سبقت يده
اليه وهي يد الخصوص فيملك به ما في الباطن وان كانت على الظاهر كمن اصطاد سمكة في

بطنها درة ثم بالبيع لم يخرج عن ملكه لانه مودع فيها بخلاف المعدن لانه من اجزائها فينتقل
الى المشتري وان لم يعرف المختط له يصرف الى اقصى مالك يعرف في الاسلام على ما قالوا ولو اشتبه
الضرب يجعل جاهليا في ظاهر المذهب لانه الاصل وقيل يجعل اسلاميا في زماننا لتقادم العهد
ومن دخل دار الحرب بامان فوجد في دار بعضهم ركازا رده عليهم تحرزا عن الغدر لان ما في الدار
في يد صاحبها خصوصا وان وجده في الصحراء فهو له لانه ليس في يد احد على الخصوص فلا يعد
غدرا ولا شيء عليه لانه بمنزلة متلصص غير مجاهر وليس في الفيروزج الذي يوجد في الجبال
خمس لقوله عم لا خمس في الحجر وفي الزيبق الخمس في قول ابي حنيفة رح آخرا خلافا لابي يوسف رح
ولا خمس في اللؤلؤ والعنبر عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح فيهما وفي كل حلية تخرج
من البحر خمس لان عمر رض اخذ الخمس من العنبر ولهما ان قعر البحر لم يرد عليه القهر فلا يكون المأخوذ
منه غنيمة وان كان ذهبا او فضة والمروي عن عمر رض فيما دسره البحر وبه نقول متاع وجد ركازا
فهو للذي وجده وفيه الخمس معناه وجد في ارض لا مالك لها لانه غنيمة بمنزلة الذهب والفضة

باب زكوة الزروع والثمار

وقال ابو حنيفة رح في قليل ما اخرجته الارض وكثيره العشر سواء سقي سيحا او سقته السماء الا الحطب
والقصب والحشيش وقالا لا يجب العشر الا فيما له ثمرة باقية اذا بلغ خمسة اوسق والوسق ستون
صاعا بصاع النبي عم وليس في الخضروات عندهما عشر فالخلاف في موضعين في اشتراط النصاب
وفي اشتراط البقاء لهما في الاول قوله عم ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة ولانه صدقة
فيشترط فيه النصاب لتحقق الغنى ولابي حنيفة رح قوله عم ما اخرجت الارض ففيه العشر
من غير فصل وتاويل ما روياه زكوة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق
اربعون درهما ولا معتبر بالمالك فيه فكيف بصفته وهو الغنى ولهذا لا يشترط الحول
لانه للاستنماء وهو كله نماء ولهما في الثاني قوله عم ليس في الخضروات صدقة والزكوة غير منفية
فتعين العشر وله ما روينا ومرويهما محمول على صدقة ياخذها العاشر وبه اخذ ابو حنيفة
رح ولان الارض قد تستنمى بما لا يبقى والسبب هو الارض النامية ولهذا يجب فيها الخراج
اما الحطب والقصب والحشيش لا تستنبت في الجنان عادة بل تنقى عنها حتى لو اتخذها
مقصبة او مشجرة او منبتا للحشيش يجب فيها العشر والمراد بالمذكور القصب الفارسي اما قصب السكر
وقصب الذريرة ففيهما العشر لانه يقصد بهما استغلال الارض بخلاف السعف والتبن
لان المقصود هو الحب والثمر دونهما وما سقي بغرب او دالية ففيه نصف العشر على القولين
لان المؤنة تكثر فيه وتقل فيما يسقى بماء السماء او سيحا وان سقي سيحا وبدالية فالمعتبر
اكثر السنة كما مر في السائمة وقال ابو يوسف رح فيما لا يوسق كالزعفران والقطن يجب
فيه العشر اذا بلغت قيمته قيمة خمسة اوسق من ادنى ما يوسق كالذرة في زماننا لانه لا يمكن

تقدير الشرعي فيه فاعتبرت قيمته كما في عروض التجارة وقال محمد رح يجب العشر اذا بلغ الخارج
خمسة اعداد من اعلا ما يقدر به نوعه فاعتبر في القطن خمسة احمال كل حمل ثلثمائة من
وفي الزعفران خمسة امنان لان التقدير بالوسق كان لاعتبار انه اعلى ما يقدر به نوعه وفي العسل
العشر اذا اخذ من ارض العشر وقال الشافعي رح لا يجب لانه متولد من الحيوان فاشبه الابريسم ولنا
قوله عم في العسل العشر ولان النحل يتناول من الانوار والثمار وفيها العشر فكذا فيما يتولد
منها بخلاف الدود والقز لانه يتناول الاوراق ولا عشر فيها ثم عند ابي حنيفة رح يجب فيه العشر
قل او كثر لانه لا يعتبر النصاب وعن ابي يوسف رح يعتبر فيه قيمة خمسة اوسق كما هو اصله وعنه
انه لا شئ فيه حتى يبلغ عشر قرب لحديث بني شبابة انهم كانوا يؤدون الى رسول الله عم
كذلك وعنه خمسة امنان وعن محمد رح خمسة افراق كل فرق ستة وثلثون رطلا لانه اقصى ما يقدر به
وكذا في قصب السكر وما يوجد في الجبال من العسل والثمار فيه العشر وعن ابي يوسف رح انه لا يجب
لانعدام السبب وهو الارض النامية وجه الظاهر ان المقصود حاصل وهو الخارج وكل شئ
اخرجته الارض مما فيه العشر لا يحتسب اجر العمال ونفقة البقر لان النبي عم حكم بتفاوت الواجب
لتفاوت المؤنة فلا معنى لرفعها تغلبي له ارض عشر فعليه العشر مضاعفا عرف ذلك باجماع
الصحابة رض وعن محمد رح ان فيما اشتراه التغلبي من المسلم عشرا واحدا لان الوظيفة عنده
لا تتغير بتغير المالك فان اشتراها منه ذمي فهي على حالها عندهم لجواز التضعيف عليه
في الجملة كما اذا مر على العاشر وكذا اذا اشتراها منه مسلم او اسلم التغلبي عند ابي حنيفة رح
سواء كان التضعيف اصليا او حادثا لان التضعيف صار وظيفة لها فتنتقل الى المسلم
بما فيها كالخراج وقال ابو يوسف رح تعود الى عشر واحد لزوال الداعي الى التضعيف قال في
الكتاب وهو قول محمد رح فيما صح عنه قال رض واختلف النسخ في بيان قوله والاصح انه مع
ابي حنيفة رح في بقاء التضعيف الا ان قوله لا يتأتى الا في الاصلي لان التضعيف الحادث
لا يتحقق عنده لعدم تغير الوظيفة ولو كانت الارض لمسلم باعها من نصراني يريد به ذميا
غير تغلبي وقبضها فعليه الخراج عند ابي حنيفة رح لانه اليق بحال الكافر وعند ابي يوسف رح
العشر مضاعفا ويصرف مصارف الخراج اعتبارا بالتغلبي وهذا اهون من التبديل وعند محمد رح
هي عشرية على حالها لانه صار مؤنة لها فلا يتبدل كالخراج ثم في رواية يصرف مصارف
الصدقات وفي رواية مصارف الخراج فان اخذها مسلم بالشفعة او ردت على البائع لفساد
البيع فهي عشرية كما كانت اما الاول فلتحول الصفقة الى الشفيع كانه اشتراه من المسلم
واما الثاني فلانه بالرد والفسخ بحكم الفساد جعل البيع كان لم يكن ولان حق المسلم لم ينقطع
بهذا الشراء لكونه مستحق الرد واذا كانت لمسلم دار خطة فجعلها بستانا فعليه العشر معناها
اذا سقاه بماء العشر واما اذا كانت تسقى بماء الخراج ففيها الخراج لان المؤنة في مثل هذا تدور مع الماء وليس

وليس على المجوسي في داره شئ لان عمر رض جعل المساكن عفوا وان جعلها بستانا فعليه
الخراج وان سقاه بماء العشر لتعذر ايجاب العشر اذ فيه معنى القربة فتعين الخراج وهو عقوبة
تليق بحاله وعلى قياس قولهما يجب العشر في الماء العشري الا ان عند محمد رح عشر واحد
وعند ابي يوسف رح عشران وقد مر الوجه ثم الماء العشري ماء السماء والابار والعيون
والبحار التي لا تدخل تحت ولاية احد والماء الخراجي الانهار التي شقها الاعاجم وماء سيحون
وجيحون ودجلة والفرات عشري عند محمد رح لانه لا يحميها احد كالبحار وخراجي عند
ابي يوسف رح لانه يتخذ عليها القناطر من السفن وهذا يد عليها وفي ارض الصبي والمرأة
التغلبيين ما في ارض الرجل التغلبي يعني العشر المضاعف في العشرية والخراج الواحد في الخراجية
لان الصلح جرى على تضعيف الصدقة دون المؤنة المحضة ثم على الصبي والمرأة
اذا كانا من المسلمين العشر فيضعف ذلك اذا كانا منهم وليس في عين القير والنفط
في ارض العشر شئ لانه ليس من انزال الارض وانما هو عين فوارة كعين الماء وعليه في ارض
الخراج خراج وهذا اذا كان حريمها صالحا للزراعة لان الخراج يتعلق بالتمكن من الزراعة

باب من يجوز دفع الصدقة اليه ومن لا يجوز

الاصل فيه قوله تعالى انما الصدقات للفقراء الاية فهذه ثمانية اصناف قد سقط منها
المؤلفة قلوبهم لان الله تعالى اعز الاسلام واغنى عنهم وعلى ذلك انعقد الاجماع
والفقير من له ادنى شئ والمسكين من لا شئ له وهذا مروي عن ابي حنيفة رح وقد قيل
على العكس ولكل وجه ثم هما صنفان او صنف واحد سنذكره في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى
والعامل يدفع اليه الامام ان عمل بقدر عمله فيعطيه ما يسعه واعوانه غير مقدر بالثمن
خلافا للشافعي رح لان استحقاقه بطريق الكفاية ولهذا يأخذ وان كان غنيا الا ان فيه شبهة
الصدقة فلا يأخذها العامل الهاشمي تنزيها لقرابة الرسول عم عن شبهة الوسخ
والغني لا يوازيه في استحقاق الكرامة فلم تعتبر الشبهة في حقه وفي الرقاب يعان
المكاتبون منها في فك رقابهم هو المنقول والغارم من لزمه دين ولا يملك نصابا فاضلا
عن دينه وقال الشافعي رح من تحمل غرامة في اصلاح ذات البين واطفاء النائرة بين
القبيلتين وفي سبيل الله منقطع الغزاة عند ابي يوسف رح لانه المتفاهم عند الاطلاق
وعند محمد رح منقطع الحاج لما روي ان رجلا جعل بعيرا له في سبيل الله تعالى فامره رسول الله عم
ان يحمل عليه الحاج ولا يصرف الى اغنياء الغزاة عندنا لان المصرف هو الفقراء وابن السبيل
هو الذي له مال في وطنه وهو في موضع لا مال له فيه فيجوز ان يدفع اليه بمقدار ما يوصله
الى وطنه فهذه جهات الزكاة وللمالك ان يدفع الى كل واحد منهم وله ان يقتصر على
صنف واحد وقال الشافعي لا يجوز الا ان يصرف الى ثلثة من كل صنف لان الاصناف

بحرف اللام للاستحقاق ولنا ان الاضافة لبيان انهم مصارف لا لاثبات الاستحقاق وهذا
لما عرف ان الزكاة حق الله تعالى وبعلة الفقر صاروا مصارف فلا يبالي باختلاف جهاته
والذي ذهبنا اليه مروي عن عمر وابن عباس رض ولا يجوز ان يدفع الزكاة الى ذمي لقوله عم
لمعاذ بن جبل خذها من اغنيائهم وردها في فقرائهم ويدفع اليه ما سوى ذلك من الصدقات
وقال الشافعي لا يدفع وهو رواية عن ابي يوسف رح اعتبارا بالزكاة ولنا قوله عم
تصدقوا على اهل الاديان كلها ولولا حديث معاذ رض لقلنا بالجواز في الزكاة ولا يبنى بها
مسجد ولا يكفن بها ميت لانعدام التمليك وهو الركن ولا يقضى بها
دين ميت لان قضاء دين الغير لا يقتضي التمليك منه لا سيما من الميت ولا يشترى بها
رقبة يعتق خلافا لمالك ذهب اليه في تاويل قوله تعالى التاويل لا ذهبنا اليه في قوله تعالى
وفي الرقاب ولنا ان الاعتاق اسقاط الملك وليس بتمليك ولا يدفع الى غني لقوله عم
لا تحل الصدقة لغني وهو باطلاقه حجة على الشافعي في غني الغزاة وكذا حديث
معاذ رض على ما رويناه ولا يدفع المزكي زكاته الى ابيه وجده وان علا ولا الى ولده وولد
ولده وان سفل لان منافع الاملاك بينهم متصلة فلا يتحقق التمليك على الكمال
ولا الى امرأته للاشتراك في المنافع عادة ولا تدفع المرأة الى زوجها عند ابي حنيفة رح
لما ذكرنا وقالا تدفع اليه لقوله عم لك اجران اجر الصدقة واجر الصلة قاله لامرأة
ابن مسعود رض وقد سألته عن التصدق عليه قلنا هذا على النافلة ولا يدفع
الى مكاتبه ومدبره وام ولده لفقدان التمليك اذ كسب المملوك لسيده وله حق
في كسب مكاتبه فلم يتم التمليك ولا الى عبد قد اعتق بعضه عند ابي حنيفة رح
لانه بمنزلة المكاتب عنده وقالا يدفع اليه لانه حر مديون عندهما ولا يدفع الى
مملوك غني لان الملك واقع لمولاه ولا الى ولد غني اذا كان صغيرا لانه يعد غنيا بمال
ابيه بخلاف ما اذا كان كبيرا فقيرا لانه لا يعد غنيا بيسار ابيه وان كانت نفقته عليه
وبخلاف امرأة الغني لانها اذا كانت فقيرة لا تعد غنية بيسار الزوج وبقدر النفقة
لا تصير موسرة ولا يدفع الى بني هاشم لقوله عم يا بني هاشم ان الله تعالى حرم عليكم
غسالة الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس بخلاف التطوع لان المال هاهنا
كالماء يتدنس باسقاط الفرض اما التطوع فبمنزلة التبرد بالماء وهم آل علي وآل
عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل حارث بن عبد المطلب ومواليهم اما هؤلاء فلانهم
ينسبون الى هاشم بن عبد مناف ونسبة القبيلة اليه واما مواليهم فلما روي ان مولى
رسول الله عم سأله اتحل لي الصدقة فقال لا انت مولانا بخلاف ما اذا اعتق
القرشي عبدا نصرانيا حيث تؤخذ منه الجزية ولا يعتبر حال المعتق لانه
القياس

القياس والالحاق بالمولى بالنص وقد خص الصدقة قال ابو حنيفة ومحمد رح اذا
دفع الزكاة الى رجل يظنه فقيرا ثم بان انه غني او هاشمي او كافر او دفع في ظلمة ثم بان
انه ابوه او ابنه فلا اعادة عليه وقال ابو يوسف رح عليه الاعادة لظهور خطئه بيقين
وامكان الوقوف على هذه الاشياء وصار كالاواني والثياب ولهما حديث معن ابن
يزيد فانه عم قال فيه يا يزيد لك ما نويت ويا معن لك ما اخذت وقد دفع اليه
وكيل ابيه صدقته ولان الوقوف على هذه الاشياء بالاجتهاد دون القطع فيبنى
الامر فيها على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة وعن ابي حنيفة رح في غير الغني
انه لا يجزيه والظاهر هو الاول وهذا اذا تحرى فدفع وفي اكبر رايه انه مصرف اما
اذا شك ولم يتحر او تحرى فدفع وفي اكبر رايه انه ليس بمصرف لا يجزيه الا اذا علم
انه فقير هو الصحيح ولو دفع الى شخص ثم علم انه عبده او مكاتبه لا يجزيه لانعدام
التمليك لعدم اهلية الملك وهو الركن على ما مر ولا يجوز دفع الزكاة الى من يملك
نصابا من اي مال كان لان الغنى الشرعي مقدر به والشرط ان يكون فاضلا عن الحاجة
الاصلية وانما النماء شرط الوجوب ويجوز دفعها الى من يملك اقل من ذلك وان كان
صحيحا مكتسبا لانه فقير والفقراء هم المصارف ولان حقيقة الحاجة لا يوقف عليها
فادير الحكم على دليلها وهو فقد النصاب ويكره ان يدفع الى واحد مائتي درهم فصاعدا
وان دفع جاز وقال زفر رح لا يجوز لان الغنى قارن الاداء فحصل الاداء الى الغني
ولنا ان الغنى حكم الاداء فيتعقبه لكنه يكره لقرب الغنى منه كمن صلى وبقربه نجاسة
قال وان تغني به انسانا احب الي معناه الاغناء عن السؤال لان الاغناء مطلقا
مكروه ويكره نقل الزكاة من بلد الى بلد وانما تفرق صدقة كل قوم فيهم لما روينا
من حديث معاذ رض وفيه رعاية حق الجوار الا ان ينقلها الانسان الى قرابته
الى قوم هم احوج من اهل بلده لما فيه من الصلة او زيادة دفع الحاجة ولو نقل
الى غيرهم اجزاه وان كان مكروها لان المصرف مطلق الفقراء بالنص والله اعلم بالصواب

باب صدقة الفطر

قال رح صدقة الفطر واجبة على الحر المسلم اذا كان مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن
مسكنه وثيابه واثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده اما وجوبها فلقوله عم في خطبته
ادوا عن كل حر وعبد صغير او كبير نصف صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير
رواه ثعلبة بن صعير العدوي او صعير العذري وبمثله يثبت الوجوب لعدم
القطع وشرط الحرية ليتحقق التمليك والاسلام ليقع قربة واليسار لقوله عم
لا صدقة الا عن ظهر غنى وهو حجة على الشافعي رح في قوله تجب على من يملك زيادة

على قوت يومه لنفسه وعياله وقدر اليسار بالنصاب لتقدر الغنى في الشرع به فاضلا عن ما
ذكر من الاشياء لانها مستحقة بالحاجة الاصلية والمستحق بالحاجة الاصلية كالمعدوم ولا
يشترط فيه النمو ويتعلق بهذا النصاب حرمان الصدقة ووجوب الاضحية والفطر قال
يخرج ذلك عن نفسه لحديث ابن عمر رض قال فرض رسول الله عم زكوة الفطر على الذكر والانثى
وذكر الحديث ويخرج عن اولاده الصغار لان السبب رأس يمونه ويلي عليه لانه يضاف اليه
يقال زكوة الرأس وهي امارة السببية والاضافة الى الفطر باعتبار انه وقته ولهذا
يتعدد بتعدد الرأس مع اتحاد اليوم والاصل في الوجوب رأسه وهو يمونه ويلي عليه فيلحق به ما هو
في معناه كاولاده الصغار لانه يمونهم ويلي عليهم ومماليكه لقيام الولاية والمؤنة وهذا
اذا كانوا للخدمة ولا مال للصغار فان كان لهم مال يؤدي من مالهم عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
خلافا لمحمد رح لان الشرع اجراه مجرى المؤنة فاشبه النفقة ولا يؤدي عن زوجته لقصور
الولاية والمؤنة فانه لا يليها في غير حقوق النكاح ولا يمونها في غير الرواتب كالمداوات
ولا عن اولاده الكبار وان كانوا في عياله لانعدام الولاية ولو ادى عنهم او عن زوجته
بغير امرهم اجزاهم استحسانا لثبوت الاذن عادة ولا يخرج عن مكاتبه لعدم الولاية ولا المكاتب
عن نفسه لفقره وفي المدبر وام الولد ولاية المولى ثابتة عليهما فيخرج عنهما ولا يخرج عن
مماليكه للتجارة خلافا للشافعي فان عنده وجوبها على العبد ووجوب الزكوة على
المولى فلا تنافي وعندنا وجوبها على المولى بسببه كالزكوة فيؤدي الى الثني والعبد
بين شريكين لا زكوة على واحد منهما لقصور الولاية والمؤنة في كل واحد منهما وكذا العبيد
بين اثنين عند ابي حنيفة رح وقالا على كل واحد منهما ما يخصه من الرؤس دون الاشقاص
بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل هو بالاجماع لانه لا يجتمع النصيب
قبل القسمة فلم يتم الرقبة لكل واحد منهما ويؤدي المسلم الفطرة عن عبده الكافر لاطلاق
ما روينا ولقوله عم في حديث ابن عباس ادوا عن كل حر وعبد يهودي او نصراني او
مجوسي الحديث ولان السبب قد تحقق والمولى من اهله وفيه خلاف الشافعي رح لان الوجوب عنده
على العبد وهو ليس من اهله ولو كان على العكس فلا وجوب بالاتفاق ومن باع عبدا
واحدهما بالخيار ففطرته على من يصير له معناه اذا مر يوم الفطر والخيار باق وقال زفر
على من له الخيار لان الولاية وقال الشافعي رح على من له الملك لانه من وظائفه كالنفقة
ولنا ان الملك موقوف لانه لو رد يعود الى قديم ملك البائع ولو اجيز يثبت الملك للمشتري
من وقت العقد فيتوقف ما يبتنى عليه بخلاف النفقة لانها للحاجة الناجزة فلا تقبل التوقف
وزكوة التجارة على هذا الخلاف والله اعلم

فصل في مقدار الواجب ووقته

الفطرة نصف صاع من بر او دقيق او سويق او زبيب او صاع من تمر او شعير وقال ابو يوسف رح
ومحمد رح الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية عن ابي حنيفة رح والاول رواية الجامع الصغير
وقال الشافعي رح من جميع ذلك صاع لحديث ابي سعيد الخدري رض قال كنا نخرج ذلك
على عهد رسول الله عم ولنا ما روينا وهو مذهب جماعة من الصحابة رض وفيهم الخلفاء
الراشدون رض وما رواه محمول على الزيادة تطوعا ولهما في الزبيب انه والتمر يتقاربان
في المقصود وله انه والبر يتقاربان في المعنى لانه يؤكل كل واحد منهما بجميع اجزائه ويلقى من التمر
النواة ومن الشعير النخالة وبهذا ظهر التفاوت بين التمر والبر ومراده من الدقيق
والسويق ما يتخذ من البر اما دقيق الشعير كالشعير والاولى ان يراعى فيهما القدر
والقيمة احتياطا وان نص على الدقيق في بعض الاخبار ولم يبين ذلك في الكتاب اعتبارا
للغالب والخبز تعتبر فيه القيمة هو الصحيح ثم يعتبر نصف صاع من بر وزنا فيما روي
عن ابي حنيفة رح وعن محمد رح انه يعتبر كيلا والدقيق اولى من البر والدراهم اولى من الدقيق
فيما روي عن ابي يوسف رح وهو اختيار الفقيه ابي جعفر رح لانه ادفع للحاجة واعجل به وعن ابي بكر
الاعمش رح تفضيل الحنطة لانه ابعد من الخلاف اذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي رح
والصاع عند ابي حنيفة ومحمد رح ثمانية ارطال بالعراقي وقال ابو يوسف خمسة ارطال وثلث
رطل وهو قول الشافعي رح لقوله عم صاعنا اصغر الصيعان ولنا ما روي انه عم كان
يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية ارطال وهكذا كان صاع عمر رض وهو اصغر
من الهاشمي وكانوا يستعملون الهاشمي قال ووجوب الفطرة يتعلق بطلوع الفجر من يوم
الفطر وقال الشافعي رح بغروب الشمس في اليوم الاخير من رمضان حتى ان من اسلم او ولد
ليلة الفطر تجب فطرته عندنا وعنده لا تجب وعلى عكسه من مات فيها من مماليكه او ولده له انها
تختص بالفطر وهذا وقته ولنا ان الاضافة للاختصاص واختصاص الفطر باليوم دون
الليل والمستحب ان يخرج الناس الفطرة يوم الفطر قبل الخروج الى المصلى لانه عم كان
يخرج قبل ان يخرج ولان الامر بالاغناء كيلا يتشاغل الفقير بالمسألة عن الصلوة وذلك
بالتقديم فان قدموها على يوم الفطر جاز لانه ادى بعد تقرر السبب فاشبه التعجيل في
الزكاة ولا تفصيل بين مدة ومدة هو الصحيح وان اخروها عن يوم الفطر لم تسقط وكان عليهم اخراجها
لان وجه القربة فيها معقول فلا يتقدر وقت الاداء فيها بخلاف الاضحية والله اعلم

كتاب الصوم

قال رضي الله عنه الصوم ضربان واجب ونفل فالواجب ضربان منه ما يتعلق بزمان بعينه كصوم
رمضان والنذر المعين فيجوز بنية من الليل وان لم ينو حتى اصبح اجزأته النية
ما بينه وبين الزوال وقال الشافعي لا يجزيه اعلم ان صوم رمضان فريضة لقوله تعالى
كتب عليكم الصيام وعلى فرضيته انعقد الاجماع ولهذا يكفر جاحده والمنذور واجب

لقوله تعالى ولا يعرفوا انه وهم وسبب الاول الشهر ولهذا يضاف اليه ويتكرر بتكرره وكل يوم
سبب يوم وجوب صومه وسبب الثاني النذر والنية من شرطه وسنبينه ونفسره ان شاء الله تعالى
وحجته قوله في الخلافية هو قوله عم لا صيام لمن لم ينو الصيام من الليل ولانه خلا الجزء
الاول لفقد النية فسد الثاني ضرورة انه لا يتجزى بخلاف النفل لانه يتجزى عنده
ولنا انه عم بعدما شهد الاعرابي برؤية الهلال الا من اكل فلا ياكلن بقية يومه ومن لم ياكل
فليصم وما رواه محمول على نفي الفضيلة والكمال او معناه لم ينو انه صوم من الليل حتى لو نوى
بالنهار انه صائم من حين نوى لا من اول اليوم لا يصير صائما عندنا ولانه صوم يوم
فيتوقف الامساك في اوله على النية المتأخرة المقترنة باكثره كالنفل وهذا لان الصوم
ركن واحد ممتد والنية لتعيينه لله تعالى فيترجح بالكثرة جنبة الوجود بخلاف الصلوة
والحج لانهما اركان فيشترط قرانها بالعقد على ادائهما وبخلاف القضاء لانه يتوقف على صوم
ذلك اليوم وهو النفل وبخلاف ما بعد الزوال لانه لم يوجد اقترانها بالاكثر فترجحت
جنبة الفوات ثم قال في المختصر ما بينه وبين الزوال وفي الجامع الصغير قبل نصف النهار
وهو الاصح لانه لا بد من وجود النية في اكثر النهار ونصفه من وقت طلوع الفجر الى وقت
الضحوة الكبرى لا وقت الزوال فيشترط قبلها ليتحقق في الاكثر ولا فرق بين المسافر
والمقيم خلافا لزفر لانه لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل وهذا الضرب من الصوم يتادى بمطلق
النية وبنية النفل وبنية واجب اخر وقال الشافعي في نية النفل عابث وفي مطلقها له
قولان لانه بنية النفل معرض عن الفرض فلا يكون له الفرض ولنا ان الفرض متعين فيه
فيصاب باصل النية كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه واذا نوى النفل او واجبا اخر
فقد نوى اصل الصوم وزيادة جهة وقد لغت الجهة فبقي الاصل وهو كاف ولا فرق
بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم عند ابي يوسف ومحمد رح لان الرخصة كيلا تلزم
المعذور مشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعند ابي حنيفة رح اذا صام المريض
او المسافر بنية واجب اخر يقع عنه لانه شغل الوقت بالاهم لتحتمه للحال وتخيره في
صوم رمضان الى ادراك العدة وعنه في نية التطوع روايتان والفرق على احديهما
انه ما صرف الوقت الى الاهم والضرب الثاني ما ثبت في الذمة كقضاء رمضان والنذر
المطلق وصوم الكفارة فلا يجوز الا بنية من الليل لانه غير متعين فلا بد من التعيين
من الابتداء والنفل كله يجوز بنية قبل الزوال خلافا لمالك فانه يتمسك باطلاق ما روينا
ولنا قوله عم بعدما كان يصبح غير صائم اني اذا لصائم ولان المشروع خارج رمضان هو
النفل فيتوقف الامساك في اول اليوم على صيرورته صوما بالنية المعترضة على ما ذكرنا
ولو نوى بعد الزوال لا يجوز وقال الشافعي رح جاز ويصير صائما من حين نوى اذ هو

اذ هو متجزئ عنده لكونه مبنيا على النشاط ولعله ينشط بعد الزوال الا ان من شرطه الامساك
في اول النهار وعندنا يصير صائما من اول النهار لانه عبادة وهي قهر النفس وهو انما
يتحقق بامساك مقدر فتعتبر قران النية باكثره وينبغي للناس ان يلتمسوا الهلال
في اليوم التاسع والعشرين من شعبان فان راوه صاموا وان غم عليهم الهلال اكملوا عدة شعبان
ثلثين يوما لقوله عم صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته وان غم عليكم الهلال فاكملوا
عدة شعبان ثلثين يوما ولان الاصل بقاء الشهر فلا ينتقل عنه الا بدليل فلم يوجد ولا يصومون
يوم الشك الا تطوعا لقوله عم لا يصام اليوم الذي يشك فيه انه من رمضان الا تطوعا وهذه
المسألة على وجوه احدها ان ينوي صوم رمضان وهو مكروه لما روينا ولانه تشبه باهل الكتاب
لانهم زادوا في مدة صومهم ثم ان ظهر ان اليوم من رمضان يجزيه لانه شهد الشهر وصامه وان
ظهر انه من شعبان كان تطوعا وان افطر لم يقضه لانه في معنى المظنون والثاني عن واجب وهو
مكروه ايضا لما روينا الا ان هذا دون الاول في كراهيته ثم ان ظهر انه من رمضان يجزيه لوجود
اصل النية وان ظهر انه من شعبان فقد قيل يكون تطوعا لانه منهي عنه فلا يتادى به الواجب
وقيل يجزيه عن الذي نواه وهو الاصح لان المنهي عنه وهو التقدم على رمضان بصوم
رمضان لا يقوم لكل صوم بخلاف صوم يوم العيد لان المنهي عنه وهو ترك الاجابة يلازم
كل الصوم والكراهة ههنا لصورة النهي والثالث ان ينوي التطوع وهو غير مكروه
لما روينا وهو حجة على الشافعي في قوله يكره على سبيل الابتداء والمراد بقوله عم لا تقدموا
رمضان بصوم يوم ولا بصوم يومين الحديث التقدم بصوم رمضان لانه يؤديه قبل
اوانه ثم ان وافق صوما كان يصومه فالصوم افضل بالاجماع وكذا اذا صام ثلثة
ايام من اخر الشهر فصاعدا وان افرده فقد قيل الفطر افضل احترازا عن ظاهر النهي وقيل
الصوم افضل اقتداء بعلي وعائشة رض فانهما كانا يصومانه والمختار ان الافضل ان يصوم
المفتي بنفسه اخذا بالاحتياط ويفتي العامة بالتلوم الى وقت الزوال ثم بالافطار نفيا
للتهمة والعصيان الذي دل عليه قوله عم من صام يوم الشك فقد عصى ابا القاسم والرابع
ان يضجع في اصل النية بان ينوي ان يصوم غدا ان كان من رمضان ولا يصوم ان كان من شعبان
وفي هذا الوجه لا يصير صائما لانه لم يقطع عزيمته فصار كما اذا نوى انه ان وجد غدا غداء
يفطر وان لم يجد يصوم والخامس ان يضجع في وصف النية بان ينوي ان كان غدا
من رمضان يصوم عنه وان كان من شعبان فعن واجب اخر وهذا مكروه لتردده بين امرين
مكروهين ثم ان ظهر انه من رمضان اجزاه لعدم التردد في اصل النية وان ظهر انه من شعبان
لا يجزيه عن واجب اخر لان الجهة لم تثبت للتردد فيها واصل النية لا يكفيه لكنه يكون تطوعا
غير مضمون بالقضاء لشروعه مسقطا وان نوى عن رمضان ان كان غدا منه وعن التطوع ان كان

من شعبان يكون نفلا وللفرض من وجه ثم ان ظهر انه من رمضان اجزأه عنه لما مر وان ظهر انه من شعبان جاز
عن نفل لانه يتأدى باصل النية ولو افسده يجب ان لا يقضيه لدخول الاسقاط في عزيمته من وجه
ومن رأى هلال رمضان وحده صام وان لم يقبل الامام شهادته لقوله عم صوموا لرؤيته وقد رأى
ظاهرا وان افطر فعليه القضاء دون الكفارة وقال الشافعي رح الكفارة ان افطر بالوقاع لانه افطر
في رمضان حقيقة لتيقنه وحكما لوجوب الصوم عليه ولنا ان القاضي رد شهادته بدليل شرعي
وهو تهمة الغلط فاورث شبهة وهذه الكفارة تندرئ بالشبهات ولو افطر قبل ان يرد الامام
شهادته اختلف المشايخ فيه ولو اكمل هذا الرجل ثلثين يوما لم يفطر الا مع الامام لان الوجوب عليه للاحتياط
والاحتياط بعد ذلك في تأخير الافطار ولو افطر لا كفارة عليه اعتبارا للحقيقة التي عنده
وان كان بالسماء علة قبل الامام شهادة الواحد العدل في رؤية الهلال رجلا كان او امرأة حرا كان
او عبدا لانه امر ديني فاشبه رواية الاخبار ولهذا لا يختص بلفظة الشهادة ويشترط العدالة
لان قول الفاسق في الديانات غير مقبول وتأويل قول الطحاوي عدلا كان او غير عدل ان يكون
مستورا والعلة غيم او غبار او نحوه وفي اطلاق جواب الكتاب يدخل المحدود في القذف بعد
ما تاب وهو ظاهر الرواية لانه خبر وعن ابي حنيفة رح انها لا تقبل لانها شهادة من وجه وكان
الشافعي رح في احد قوليه يشترط المثنى والحجة عليه ما ذكرنا وقد صح ان النبي عم قبل شهادة
الواحد في رؤية الهلال هلال رمضان ثم اذا قبل الامام شهادة الواحد وصاموا ثلثين
يوما لا يفطرون فيما روى الحسن عن ابي حنيفة رح للاحتياط ولان الفطر لا يثبت بشهادة
الواحد وعن محمد رح انهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضانية بشهادة الواحد
وان كان لا يثبت بها ابتداء كاستحقاق الارث بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة
واذا لم يكن بالسماء علة لم يقبل الشهادة حتى يراه جمع كثير يقع العلم بخبرهم لان التفرد
بالرؤية في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فيجب التوقف فيه حتى يكون جمعا كثيرا بخلاف ما اذا كان
بالسماء علة لانه قد ينشق الغيم عن موضع القمر فيتفق للبعض النظر ثم قيل في حد الكثير
اهل المحلة وعن ابي يوسف خمسون رجلا اعتبارا بالقسامة ولا فرق بين اهل المصر ومن
ورد من خارج المصر وذكر الطحاوي انه يقبل شهادة الواحد اذا جاء من خارج المصر لقلة
الموانع واليه الاشارة في كتاب الاستحسان وكذا اذا كان على مكان مرتفع في المصر ومن رأى هلال
الفطر وحده لم يفطر احتياطا وفي الصوم الاحتياط في الايجاب واذا كان بالسماء علة
لم يقبل في هلال الفطر الا شهادة رجلين او رجل وامرأتين لانه تعلق به نفع العبد
وهو الفطر فاشبه سائر حقوقهم والاضحى كالفطر في هذا في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا
لما روي عن ابي حنيفة رح انه كهلال رمضان لانه تعلق به نفع العباد وهو التوسع بلحوم
الاضاحي وان لم يكن بالسماء علة لم تقبل الا شهادة جماعة يقع العلم بخبرهم لما ذكرنا

ووقت الصوم من حين طلوع الفجر الثاني الى غروب الشمس لقوله تعالى وكلوا واشربوا
حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود الى ان قال ثم اتموا الصيام الى الليل و
والخيطان بياض النهار وسواد الليل والصوم هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع
نهارا مع النية في الشرع لانه في حقيقة اللغة هو الامساك لورود الاستعمال فيه الا انه زيد
عليه النية في الشرع ليتميز بها العبادة من العادة واختص بالنهار لما تلونا ولانه لما
تعذر الوصال كان تعيين النهار اولى ليكون على خلاف العادة وعليه مبنى العبادة و
الطهارة عن الحيض والنفاس شرط لتحقق الاداء في حق النساء والله تعالى اعلم

باب ما يوجب القضاء والكفارة

واذا اكل الصائم او شرب او جامع ناسيا لم يفطر والقياس ان يفطر وهو قول مالك
لوجود ما يضاد الصوم فصار كالكلام في الصلوة ناسيا وجه الاستحسان قوله عم
للذي اكل وشرب ناسيا تم على صومك فانما اطعمك الله وسقاك واذا ثبت هذا في الاكل
والشرب ثبت في الوقاع للاستواء في الركنية بخلاف الصلوة لان هيئة الصلوة مذكرة
فلا يغلب النسيان ولا مذكر في الصوم فيغلب ولا فرق بين الفرض والنفل لان النص
لم يفصل ولو كان مخطئا او مكرها فعليه القضاء خلافا للشافعي رح فانه يعتبره بالناسي
ولنا انه لا يغلب وجوده وعذر النسيان غالب ولان النسيان من قبل من له الحق والاكراه
من قبل غيره فيفترقان كالمقيد والمريض في قضاء الصلوة فان نام واحتلم لم يفطر
لقوله عم ثلث لا يفطرن الصائم القئ والحجامة والاحتلام ولانه لم يوجد صورة
الجماع ولا معناه وهو الانزال عن شهوة بالمباشرة وكذا اذا نظر الى امرأة فامنى لما بيناه
صار كالمتفكر اذا امنى وكالمستمني بالكف على ما قالوا ولو ادهن لم يفطر لعدم المنافي
وكذا اذا احتجم لهذا ولما روينا ولو اكتحل لم يفطر لانه ليس بين العين والدماغ منفذ والدمع يترشح
كالعرق والداخل من المسام لا ينافي كما اذا اغتسل بالماء البارد ولو قبل لا يفسد صومه
يريد به اذا لم ينزل لعدم المنافي صورة ومعنى بخلاف الرجعة والمصاهرة لان
الحكم هناك أدير على السبب على ما يأتي في موضعه ان شاء الله تعالى وان انزل بقبلة
او لمس فعليه القضاء دون الكفارة لوجود معنى الجماع ووجود المنافي صورة او معنى
يكفي لايجاب القضاء احتياطا اما الكفارة فتفتقر الى كمال الجناية لانها تندرئ بالشبهات
كالحدود ولا بأس بالقبلة اذا امن على نفسه الجماع او الانزال ويكره اذا لم يأمن لان عينه
ليس بمفطر وانما يصير فطرا بعاقبته فان امن يعتبر عينه وابيح له وان لم يأمن تعتبر عاقبته
ويكره له والشافعي رح اطلق فيه في الحالين والحجة عليه ما ذكرناه والمباشرة مثل
التقبيل في ظاهر الرواية وعن محمد رح انه كره المباشرة الفاحشة لانه قل ما تخلو عن الفتنة

ولو دخل حلقه ذباب وهو ذاكر لصومه لم يفطره وفي القياس يفسد صومه لوصول
المفطر إلى جوفه وإن كان لا يتغذى به كالتراب والحصاة وجه الاستحسان أنه لا يستطاع
الامتناع عنه فأشبه الغبار والدخان واختلفوا في المطر والثلج والأصح أنه يفسد
لإمكان الامتناع عنه إذا آواه خيمة أو سقف ولو أكل لحما بين أسنانه لم يفطر وإن كان
كثيرا يفطر وقال زفر رح يفطر في الوجهين لأن الفم له حكم الظاهر حتى لا يفسد صومه
بالمضمضة ولنا أن القليل تابع لأسنانه بمنزلة ريقه بخلاف الكثير لأنه لا يبقى فيما بين
الأسنان والفاصل مقدار الحمصة وما دونها قليل وإن أخرجه وأخذه بيده ثم أكله ينبغي
أن يفسد صومه لما روي عن محمد رح أن الصائم إذا ابتلع سمسمة بين أسنانه لا يفسد صومه
وإن أكلها ابتداء يفسد ولو مضغها لا يفسد لأنها تتلاشى وفي مقدار الحمصة عليه القضاء
دون الكفارة عند أبي يوسف رح وعند زفر عليه الكفارة أيضا لأنه طعام متغير ولأبي يوسف
أنه يعافه الطبع فإن ذرعه القيء لم يفطر لقوله عليه السلام من قاء فلا قضاء عليه ومن استقاء
عمدا فعليه القضاء ويستوي فيه ملء الفم وما دونه فلو عاد وكان ملء الفم فسد عند أبي يوسف
لأنه خارج حتى انتقض به الطهارة وقد دخل وعند محمد رح لا يفسد لأنه لم يوجد صورة
الفطر وهو الابتلاع وكذا معناه لأنه لا يتغذى به عادة وإن أعاده فسد بالإجماع لوجود
الإدخال بعد الخروج فيتحقق صورة الفطر وإن كان أقل من ملء الفم فعاد لم يفسد صومه
لأنه غير خارج ولا صنع له في الإدخال وإن أعاده فكذلك عند أبي يوسف لعدم الخروج وعند
محمد رح يفسد لوجود الصنع منه في الإدخال فإن استقاء عمدا ملء فيه فعليه القضاء لما
روينا والقياس متروك به ولا كفارة عليه لعدم الصورة وإن كان أقل من ملء الفم فكذلك
عند محمد رح لإطلاق الحديث وعند أبي يوسف رح لا يفسد لعدم الخروج حكما ثم إن عاد لم يفسد
عنده لعدم سبق الخروج وإن أعاده فعنه أنه لا يفسد لما ذكرنا وعنه أنه يفسد فألحقه
بملء الفم لكثرة الصنع ومن ابتلع الحصاة أو النواة أو الحديد أفطر لوجود صورة الفطر
ولا كفارة عليه لعدم المعنى ومن جامع عامدا في أحد السبيلين فعليه القضاء استدراكا
للمصلحة الفائتة والكفارة لتكامل الجناية ولا يشترط الإنزال في المحلين اعتبارا بالاغتسال
وهذا لأن قضاء الشهوة يتحقق دونه وإنما ذلك شبع وعن أبي حنيفة رح أنه لا تجب الكفارة
بالجماع في الموضع المكروه اعتبارا بالحد عنده والأصح أنه تجب لأن الجناية متكاملة
لقضاء الشهوة ولو جامع ميتة أو بهيمة فلا كفارة عليه أنزل أو لم ينزل خلافا للشافعي رح
لأن الجناية تكاملها بقضاء الشهوة في محل مشتهى ولم يوجد ثم عندنا كما تجب الكفارة
بالوقاع على الرجل تجب على المرأة وقال الشافعي رح في قول لا تجب عليها لأنها متعلقة
بالجماع وهو فعله وإنما هي محل الفعل وفي قول يتحمل عنها الرجل اعتبارا بماء الاغتسال ولنا

ولنا قوله عليه السلام من أفطر في رمضان فعليه ما على المظاهر وكلمة من تنتظم الذكور والإناث
ولأن السبب جناية الإفساد لا نفس الوقاع وقد شاركته فيها ولا يتحمل لأنها عبادة أو عقوبة
ولا يجزي فيهما التحمل ولو أكل أو شرب ما يتغذى به أو يتداوى به فعليه القضاء والكفارة
وقال الشافعي لا كفارة عليه لأنها شرعت في الوقاع بخلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة
فلا يقاس عليه غيره ولنا أن الكفارة تعلقت بجناية الإفطار في رمضان على وجه الكمال
وقد تحققت وبإيجاب الإعتاق تكفيرا عرف أن التوبة غير مكفرة لهذه الجناية ثم قال
والكفارة مثل كفارة المظاهر لما روينا ولحديث الأعرابي فإنه قال يا رسول الله
هلكت وأهلكت فقال ماذا صنعت فقال واقعت امرأتي في نهار رمضان متعمدا فقال
اعتق رقبة فقال لا أملك إلا رقبتي هذه فقال صم شهرين متتابعين فقال
وهل جاءني ما جاءني إلا من الصوم فقال أطعم ستين مسكينا فقال لا أجد فأمر رسول الله
عليه السلام أن يؤتى بفرق من تمر ويروى بعرق فيه خمسة عشر صاعا وقال فرقها على
المساكين فقال والله ليس ما بين لابتي المدينة أحد أحوج مني ومن عيالي فقال عليه السلام
كل أنت وعيالك يجزيك ولا يجزي أحدا بعدك وهو حجة على الشافعي في قوله يخير
لأن مقتضاه الترتيب وعلى مالك في نفي التتابع للنص عليه ومن جامع فيما دون الفرج
فأنزل فعليه القضاء لوجود الجماع معنى ولا كفارة عليه لانعدام الصورة وليس
في إفساد الصوم في غير رمضان كفارة لأن الإفطار في رمضان أبلغ في الجناية فلا
يلحق به غيره ومن احتقن أو استعط أو أقطر في أذنه أفطر لقوله عليه السلام الفطر مما دخل
ولوجود معنى الفطر وهو وصول ما فيه صلاح البدن إلى الجوف ولا كفارة عليه
لانعدام الصورة ولو أقطر في أذنه الماء أو دخلها لا يفسد صومه لانعدام المعنى
والصورة بخلاف ما إذا دخله الدهن وإن داوى جائفة أو آمة بدواء فوصل إلى جوفه
أو دماغه أفطر عند أبي حنيفة رح والذي يصل هو الرطب وقالا لا يفطر لعدم التيقن
بالوصول لانضمام المنفذ مرة واتساعه أخرى كما في اليابس من الدواء وله أن رطوبة
الدواء تلاقي رطوبة الجراحة فيفسد فيها ولو أقطر في إحليله لم يفطر عند أبي حنيفة رحمه الله
وقال أبو يوسف رحمه الله يفطر وقول محمد مضطرب فيه فكأنه وقع عند أبي يوسف رح أن بينه
وبين الجوف منفذا ولهذا يخرج البول ووقع عند أبي حنيفة رح أن المثانة بينهما حائل
والبول يترشح منه وهذا ليس من باب الفقه ومن ذاق شيئا بفمه لم يفطر لعدم الفطر
صورة ومعنى ويكره له ذلك لما فيه من تعريض الصوم على الفساد ويكره للمرأة
أن تمضغ لصبيها الطعام إذا كان لها منه بد لما بينا ولا بأس إذا لم تجد منه بدا صيانة
للولد ألا ترى أن لها أن تفطر إذا خافت على ولدها ومضغ العلك لا يفطر الصائم
لأنه لا يصل إلى جوفه وقيل إذا لم يكن ملتئما يفسد لأنه يصل إليه بعض أجزائه وقيل

اذا كان يسود نفسه وان كان متيمما لانه تيقنت الانه يكره للصائم لما فيه من التعريض على الفساد
ولانه يتهم بالافطار ولا يكره للمراة اذا لم تكن صائمة لقيامه مقام السواك في حقها و
ويكره للرجال على ما قيل اذا لم يكن من علة وقيل لا يستحب لما فيه من التشبه بالنساء ولا باس
بالكحل ودهن الشارب لانه نوع ارتفاق وهما ليسا من محظورات الصوم وقد ندب النبي عم
الى الاكتحال يوم العاشوراء والى الصوم فيه ولا باس بالاكتحال للرجال اذا قصد به التداوي
دون الزينة ويستحسن دهن الشارب اذا لم يكن من قصده الزينة لانه يعمل عمل الخضاب
ولا يفعل لتطويل اللحية اذا كانت بقدر المسنون وهو القبضة ولا باس بالسواك
الرطب بالغداة والعشي لقوله عم من خير خلال الصائم السواك من غير فصل وقال الشافعي
يكره بالعشي لان فيه ازالة الاثر المحمود وهو الخلوف فشابه دم الشهيد قلنا هو اثر
العبادة والاليق به الاخفاء بخلاف دم الشهيد لانه اثر الظلم ولا فرق بين الرطب
الاخضر وبين المبلول بالماء لما روينا والله اعلم **فصل** ومن كان مريضا في رمضان
فخاف ان صام ازداد مرضه افطر وقضى وقال الشافعي لا يفطر هو يعتبر خوف الهلاك
فيجب الاحتراز عنه وان كان مسافرا لا يستضر بالصوم فصومه افضل وان افطر جاز
لان السفر لا يعرى عن المشقة فجعل نفسه عذرا بخلاف المريض لانه قد يخف بالصوم
فشرط كونه مفضيا الى الحرج وقال الشافعي الفطر افضل لقوله عم ليس من البر
الصيام في السفر ولنا ان رمضان افضل الوقتين فكان الاداء فيه اولى والحديث محمول على
حالة الجهد وان مات المريض او المسافر وهما على حالهما لم يلزمهما القضاء لانهما لم يدركا
عدة من ايام اخر ولو صح المريض واقام المسافر لزمهما القضاء بقدر الصحة والاقامة
لوجود الادراك بهذا المقدار وفائدة وجوب الوصية بالاطعام وذكر الطحاوي
فيه خلافا بين ابي حنيفة وابي يوسف وبين محمد وليس بصحيح وانما الخلاف في النذر والفرق
بينهما ان النذر سبب فيظهر الوجوب في حق الخلف وفي هذه المسئلة السبب ادراك
العدة فيتقدر بقدر ما ادرك وقضاء رمضان ان شاء فرقه وان شاء تابعه لاطلاق النص
لكن المستحب المتابعة مسارعة الى اسقاط الواجب وان اخر حتى دخل رمضان اخر صام الثاني
لانه في وقته وقضى الاول بعده لانه وقت القضاء ولا فدية عليه لان وجوب القضاء
على التراخي حتى كان له ان يتطوع والحامل والمرضع اذا خافتا على انفسهما او ولدهما افطرتا
وقضتا دفعا للحرج ولا كفارة عليهما لانه افطار بعذر ولا فدية خلافا للشافعي
فيما اذا خافتا على الولد وهو يعتبره بالشيخ الفاني ولنا ان الفدية بخلاف القياس في الشيخ
الفاني والفطر بسبب الولد ليس في معناه لانه عاجز بعد الوجوب والولد لا وجوب
عليه اصلا والشيخ الفاني الذي لا يقدر على الصيام يفطر ويطعم لكل يوم مسكينا كما
يطعم في الكفارات والاصل فيه قوله وعلى الذين يطيقونه فدية قيل معناه لا يطيقونه ولو

ولو قدر على الصوم يبطل حكم الفداء لان شرط الخلفية استمرار العجز ومن مات وعليه قضاء رمضان
فاوصى به اطعم عنه وليه لكل يوم مسكينا نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير لانه عجز
عن الاداء في اخر عمره كالشيخ الفاني ثم لا بد من الايصاء عندنا خلافا للشافعي وعلى هذا
الزكوة وهو يعتبره بديون العباد اذ كل ذلك حق مالي يجري فيه النيابة ولنا انه عبادة
فلا بد فيه من الاختيار وذلك في الايصاء دون الوراثة لانها جبرية ثم هو تبرع ابتداء
حتى يعتبر من الثلث والصلوة كالصوم باستحسان المشايخ وكل صلوة تعتبر بصوم يوم
هو الصحيح ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي لقوله عم لا يصوم احد عن احد ولا يصلي احد
عن احد ومن دخل في صوم التطوع او صلوة التطوع ثم افسده قضاه خلافا للشافعي
لانه متبرع بالمؤدى فلا يلزمه ما لم يتبرع به ولنا ان المؤدى قربة وعمل فيجب صيانته بالمضي
عن الابطال واذا وجب المضي يجب القضاء بتركه ثم عندنا لا يباح الافطار فيه بغير عذر
في احد الروايتين لما بينا ويباح بعذر والضيافة عذر لقوله عم افطر واقض يوما مكانه واذا
بلغ الصبي او اسلم الكافر في رمضان امسكا بقية يومهما قضاء لحق الوقت بالتشبه ولو
افطرا فيه لا قضاء عليهما لان الصوم غير واجب فيه وصاما ما بعده لتحقق السبب والاهلية
ولم يقضيا يومهما ولا ما مضى لعدم الخطاب وهذا بخلاف الصلوة لان السبب فيها الجزء المتصل
بالاداء فوجدت الاهلية عنده وفي الصوم الجزء الاول والاهلية منعدمة عنده وعن
ابي يوسف انه اذا زال الكفر والصبا قبل الزوال فعليه القضاء لانه ادرك وقت النية وجه
الظاهر ان الصوم لا يتجزى وجوبا واهلية الوجوب منعدمة في اوله الا ان للصبي ان
ينوي التطوع في هذه الصورة دون الكافر على ما قالوا لان الكافر ليس باهل التطوع
ايضا والصبي اهل له واذا نوى المسافر الافطار ثم قدم المصر قبل الزوال فنوى
الصوم اجزاه لان السفر لا ينافي اهلية الوجوب ولا صحة الشروع وان كان في رمضان فعليه
ان يصوم لزوال المرخص في وقت النية الا ترى انه لو كان مقيما في اول اليوم ثم سافر
لا يباح له الافطار ترجيحا لجانب الاقامة فهذا اولى الا انه اذا افطر في المسئلتين
لا تلزمه الكفارة لقيام شبهة المبيح ومن اغمي عليه في رمضان لم يقض اليوم الذي حدث
فيه الاغماء لوجود الصوم فيه وهو الامساك المقرون بالنية اذ الظاهر هو وجودها
منه وقضى ما بعده لانعدام النية وان اغمي عليه اول ليلة منه قضاه كله غير يوم تلك الليلة
لما قلنا وقال مالك لا يقضي ما بعده لان صوم رمضان عنده يتادى بنية واحدة
بمنزلة الاعتكاف وعندنا لا بد من النية لكل يوم لانها عبادات متفرقة ولانه يتخلل بين كل
يومين ما ليس بزمان هذه العبادة بخلاف الاعتكاف ومن اغمي عليه رمضان كله قضاه
لانه نوع مرض يضعف القوى ولا يزيل الحجى فيصير عذرا في التاخير لا في الاسقاط

ومن جنّ رمضان كله لم يقض خلافا لمالك هو يعتبره بالاغماء ولنا ان المسقط هو الحرج والاغماء
لا يستوعب الشهر عادة فلا حرج والجنون يستوعبه فيتحقق بالحرج وان افاق المجنون في بعضه
قضى ما مضى عنده خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله هما يقولان لا يجب عليه الاداء لانعدام الاهلية والقضاء
مرتب عليه وصار كالمستوعب ولنا ان السبب قد وجد وهو الشهر والاهلية بالذمة وفي
الوجوب فائدة وهو صيرورته مطلوبا على وجه لا يحرج في ادائه بخلاف المستوعب
لانه يحرج في الاداء فلا فائدة وتمامه في الخلافيات ثم لا فرق بين الاصلي والعارض قيل هذا
ظاهر الرواية وعن محمد انه فرق بينهما لانه اذا بلغ مجنونا التحق بالصبي فانعدم الخطاب
بخلاف ما اذا بلغ عاقلا ثم جن وهذا مختار بعض المتأخرين ومن نوى في رمضان كله صوما
ولا فطرا فعليه قضاؤه وقال زفر لا قضاء عليه لانه يتأدى صوم رمضان بدون النية
في حق الصحيح المقيم لان الامساك مستحق عليه فعلى اي وجه يؤديه يقع عنه كما اذا وهب
كل النصاب من الفقير ولنا ان المستحق هو الامساك بجهة العبادة ولا عبادة الا بالنية
وفي هبة النصاب وجدت نية القربة على ما مر في الزكاة ومن اصبح غير ناو للصوم فاكل فلا كفارة
عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وقال زفر عليه الكفارة لانه يتأدى بغير النية عنده وقال ابو يوسف
ومحمد اذا اكل قبل الزوال تجب عليه الكفارة لانه فوّت امكان التحصيل فصار كغاصب الغاصب
ولابي حنيفة ان الكفارة تتعلق بالافساد وهذا امتناع اذ لا صوم الا بالنية واذا
حاضت المرأة او نفست افطرت وقضت بخلاف الصلاة لانها تحرج في قضائها وقد مر
في الصلاة واذا قدم المسافر او طهرت الحائض في بعض النهار امسكا بقية يومهما وقال
الشافعي رحمه الله لا يجب الامساك وعلى هذا الخلاف كل من صار اهلا للزوم ولم يكن كذلك في اول
اليوم هو يقول ان التشبه خلف فلا يجب الا على من يتحقق الاصل في حقه كالمفطر متعمدا
او مخطئا ولنا انه وجب قضاء لحق الوقت اصلا لا خلفا لانه وقت معظم بخلاف الحائض
والنفساء والمريض والمسافر حيث لا يجب عليهم حال قيام هذه الاعذار لتحقق المانع عن
التشبه حسب تحققه عن الصوم واذا تسحر وهو يظن ان الفجر لم يطلع فاذا هو قد طلع
او افطر وهو يرى ان الشمس قد غربت فاذا هي لم تغرب امسك بقية يومه قضاء لحق
الوقت بالقدر الممكن او نفيا للتهمة وعليه القضاء لانه حق مضمون بالمثل كما في المريض
والمسافر ولا كفارة عليه لان الجناية قاصرة لعدم القصد وفيه قال عمر رضي الله عنه ما تجانفنا
لاثم قضاء يوم علينا يسير والمراد بالفجر الفجر الثاني وقد بيناه في الصلاة ثم التسحر
مستحب لقوله عليه السلام تسحروا فان في السحور بركة والمستحب تأخيره لقوله عليه السلام ثلث من اخلاق
المرسلين تعجيل الافطار وتأخير السحور والسواك الا انه اذا شك في الفجر ومعناه
تساوي الظنين فالافضل ان يدع الاكل تحرزا عن المحرم ولا يجب عليه ذلك ولو اكل فصومه تام

ر في باب الحيض

تام لان الاصل هو الليل وعن ابي حنيفة رحمه الله اذا كان في موضع لا يستبين الفجر او كانت الليلة
مقمرة او متغيمة او كانت ببصره علة وهو يشك لا يأكل ولو اكل فقد اساء لقوله عليه السلام دع
ما يريبك الى ما لا يريبك وان كان اكبر رأيه انه اكل والفجر طالع فعليه قضاؤه عملا بغالب
الرأي وفيه الاحتياط وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لان اليقين لا يزال الا بمثله
ولو ظهر ان الفجر طالع لا كفارة عليه لانه بنى الامر على الاصل فلا يتحقق العمدية ولو شك
في غروب الشمس لا يحل له الفطر لان الاصل هو النهار ولو اكل فعليه القضاء عملا بالاصل
وان كان اكبر رأيه انه اكل قبل الغروب فعليه القضاء رواية واحدة لان النهار هو الاصل
ولو كان شاكا فيه وتبين انها لم تغرب ينبغي ان تجب عليه الكفارة نظرا الى ما هو الاصل
وهو النهار ومن اكل في رمضان ناسيا وظن ان ذلك يفطره فاكل بعد ذلك متعمدا فعليه
القضاء دون الكفارة لان الاشتباه استند الى القياس فتحقق الشبهة وان بلغه
الحديث وعلمه وكذلك فظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رحمه الله انها تجب وكذا عنهما لانه لا اشتباه
فلا شبهة وجه الاول قيام الشبهة الحكمية بالنظر الى القياس فلا تنتفي بالعلم كوطي
الاب جارية الابن ولو احتجم وظن ان ذلك يفطره ثم اكل متعمدا فعليه القضاء
والكفارة لان الظن ما استند الى دليل شرعي الا اذا افتاه فقيه بالفساد لان الفتوى
دليل شرعي في حقه ولو بلغه الحديث واعتمده فكذلك عند محمد لان قول الرسول عليه السلام لا ينزل
عن قول المفتي وعن ابي يوسف خلاف ذلك لان على العامي الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء
في حقه الى معرفة الاحاديث وان عرف تأويله تجب الكفارة لانتفاء الشبهة وقول
الاوزاعي لا يورث الشبهة لمخالفته القياس ولو اكل بعدما اغتاب متعمدا فعليه القضاء
والكفارة كيف ما كان لان الفطر يخالف القياس والحديث مأول بالاجماع وان جومعت
النائمة او المجنونة وهي صائمة فعليها القضاء دون الكفارة وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا قضاء
عليهما اعتبارا بالناسي والعذر ابلغ لعدم القصد ولنا ان النسيان يغلب وجوده
وهذا نادر ولا تجب الكفارة لانعدام الجناية

فصل

فيما يوجبه على نفسه واذا قال
لله علي صوم يوم النحر افطر وقضى وهذا النذر صحيح خلافا لزفر والشافعي هما يقولان
نذر بما هو معصية لورود النهي عن صوم هذه الايام ولنا انه نذر بصوم مشروع
والنهي لغيره وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى فيصح نذره لكنه يفطر احترازا
عن المعصية المجاورة ثم يقضي اسقاطا للواجب وان صام فيه يخرج عن العهدة لانه
اداه كما التزمه وان نوى يمينا فعليه كفارة يمين يعني اذا افطر وهذه المسألة
على وجوه ستة ان لم ينو شيئا او نوى النذر لا غير او نوى النذر ونوى ان لا يكون
يمينا كان نذرا لانه نذر بصيغته كيف وقد قرره بعزيمته وان نوى اليمين ونوى

لا يكون نذرا ويكون يمينا لأن اليمين محتمل كلامه وقد عينه ونفى غيره وإن نواهما يكون نذرا
ويمينا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف يكون نذرا وإن نوى اليمين فكذلك عندهما
وعنده يكون يمينا لأبي يوسف أن النذر فيه حقيقة واليمين فيه مجاز حتى لا يتوقف الأول
على النية ويتوقف الثاني فلا ينتظمهما ثم المجاز يتعين بنيته وعند نيتهما تترجح الحقيقة
ولهما أنه لا تنافي بين الجهتين لأنهما يقتضيان الوجوب إلا أن النذر يقتضيه لعينه
واليمين لغيره فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة
في الهبة بشرط العوض ولو قال لله علي صوم هذه السنة أفطر يوم الفطر ويوم النحر
وأيام التشريق وقضاها لأن النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الأيام وكذا إذا لم يعين
لكنه شرط التتابع لأن المتابعة لا تعرى عنها لكن يقضيها في هذا الفصل موصولة
تحقيقا للتتابع بقدر الإمكان ويأتي في هذا خلاف زفر والشافعي للنهي عن الصوم فيها
وهو قوله عليه السلام ألا لا تصوموا في هذه الأيام فإنها أيام أكل وشرب وبعال وقد بينا الوجه
فيه والعذر عنه ولو صام سنة من هذه الأيام أجزأه لأنه أدى كما التزم ولو لم يعين
السنة ولم يشترط التتابع لم يجزه صوم هذه الأيام لأن الأصل فيما يلزمه الكمال والمؤدى
ناقص لمكان النهي بخلاف ما إذا عينها لأنه التزم بوصف النقصان فيكون الأداء بالوصف
الملتزم وعليه كفارة يمين إن أراد يمينا وقد سبقت وجوهه ومن أصبح يوم النحر
صائما ثم أفطر لا شيء عليه وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في النوادر أن عليه القضاء لأن الشروع
ملزم كالنذر وصار كالشروع في الصلاة في الوقت المكروه والفرق لأبي حنيفة رحمه الله
وهو ظاهر الرواية أن بنفس الشروع في الصوم يسمى صائما حتى يحنث به الحالف على
الصوم وهو الصوم فيصير مرتكبا للنهي فيجب إبطاله ولا تجب صيانته ووجوب القضاء
ينبني عليه فلا يصير مرتكبا للنهي بنفس النذر وهو الموجب ولا بنفس الشروع في الصلاة
حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به الحالف على الصلاة فتجب صيانة المؤدى فيكون
مضمونا بالقضاء وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجب القضاء في فصل الصلاة أيضا والأظهر هو الأول والله أعلم

باب الاعتكاف

الاعتكاف مستحب والصحيح أنه سنة مؤكدة لأن النبي عليه السلام واظب عليه في العشر الأواخر من رمضان
والمواظبة دليل السنة وهو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف أما اللبث
فركنه لأنه ينبئ عنه فكان وجوده به والصوم من شرطه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله
والنية شرط في سائر العبادات هو يقول إن الصوم عبادة وهو أصل بنفسه فلا يكون شرطا
لغيره ولنا قوله عليه السلام لا اعتكاف إلا بصوم والقياس في مقابلة النص المنقول غير
مقبول ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة ولصحة التطوع فيما روى الحسن

الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لظاهر ما روينا وعلى هذه الرواية لا يكون أقل من يوم وفي رواية الأصل وهو
قول محمد أقله ساعة فيكون من غير صوم لأن مبنى النفل على المساهلة ألا ترى أنه يقعد في صلاة
النفل مع القدرة على القيام ولو شرع فيه ثم قطعه لا يلزمه القضاء في رواية الأصل لأنه غير
مقدر فلم يكن القطع إبطالا وفي رواية الحسن يلزمه لأنه مقدر باليوم كالصوم ثم الاعتكاف
لا يصح إلا في مسجد الجماعة لقول حذيفة رضي الله عنه لا اعتكاف إلا في مسجد جماعة وعن أبي حنيفة رحمه الله
أنه لا يصح إلا في مسجد يصلى فيه الصلوات الخمس لأنه عبادة انتظار الصلاة فيختص
بمكان تؤدى فيه أما المرأة فتعتكف في مسجد بيتها لأنه هو الموضع لصلاتها فيتحقق
انتظارها فيه ولا يخرج من المسجد إلا لحاجة الإنسان أو الجمعة أما الحاجة فلحديث عائشة
رضي الله عنها كان النبي عليه السلام لا يخرج من معتكفه إلا لحاجة الإنسان ولأنه معلوم وقوعها فلا بد من
الخروج في تقضيتها فيصير الخروج لها مستثنى ولا يمكث بعد فراغه من الطهور لأن ما ثبت
بالضرورة يتقدر بقدرها وأما الجمعة فلأنها من أهم حوائجه وهي معلوم وقوعها وقال
الشافعي رحمه الله الخروج إليها مفسد لأنه يمكنه الاعتكاف في الجامع ونحن نقول الاعتكاف
في كل مسجد مشروع وإذا صح الشروع فالضرورة مطلقة في الخروج ويخرج حين تزول
الشمس لأن الخطاب يتوجه بعده وإن كان منزله بعيدا عنه يخرج في وقت يمكنه أن يأتيها ويصلي
قبلها أربعا وفي رواية ستا الأربع سنة وركعتان تحية المسجد وبعدها أربعا أو ستا
على حسب الاختلاف في سنة الجمعة وسنتها توابع لها فألحقت بها ولو أقام في المسجد الجامع
أكثر من ذلك لا يفسد اعتكافه لأنه موضع اعتكاف إلا أنه لا يستحب لأنه التزم أداءه
في مسجد واحد فلا يتمه في مسجدين من غير ضرورة ولو خرج من المسجد ساعة بغير عذر
فسد اعتكافه عند أبي حنيفة رحمه الله لوجود المنافي وهو القياس وقالا لا يفسد حتى
يكون أكثر من نصف يوم وهو الاستحسان لأن في القليل ضرورة قال وأما الأكل والشرب
والنوم يكون في معتكفه لأن النبي عليه السلام لم يكن له مأوى إلا في المسجد ولأنه يمكنه قضاء هذه
الحاجة في المسجد فلا ضرورة إلى الخروج ولا بأس أن يبيع ويبتاع في المسجد من غير أن
يحضر السلعة لأنه قد يحتاج المعتكف إلى ذلك بأن لا يجد من يقوم بحاجته إلا أنهم
قالوا يكره إحضار السلعة للبيع والشراء لأن المسجد محرز عن حقوق العباد وفيه
شغله بها ويكره لغير المعتكف البيع والشراء في المسجد فيحرم لقوله عليه السلام جنبوا مساجدكم
صبيانكم إلى أن قال وبيعكم وشراءكم ولا يتكلم إلا بخير ويكره له الصمت لأن صوم الصمت
ليس بقربة في شريعتنا لكنه يتجانب ما يكون مأثما ويحرم على المعتكف الوطء لقوله تعالى
ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد وكذا اللمس والقبلة لأن الكف ركنه لا محظوره
فلم يتعد الى دواعيه فإن جامع ليلا أو نهارا عامدا أو ناسيا بطل اعتكافه لأن الليل محل

لأنه من دواعيه فيحرم عليه إذ هو محظور كما في الإحرام
بخلاف الصوم لأن الكف ركنه لا محظوره فلم يتعد
إلى دواعيه فإن جامع ليلا أو نهارا عامدا
أو ناسيا بطل اعتكافه لأن الليل محل الاعتكاف

الاعتكاف بخلاف الصوم وحالة العاكف مذكّرة فلا يتعذر بالنسيان ولو جامع فيما دون
الفرج فانزل او قبّل او لمس بطل اعتكافه لانه في معنى الجماع حتى يفسد به الصوم ولو لم
ينزل لا يفسد وان كان محرما لانه ليس في معنى الجماع وهو المفسد ولهذا لا يفسد به الصوم
وقال ومن اوجب على نفسه اعتكاف ايام لزمه اعتكافها بلياليها لان ذكر الايام على سبيل الجمع
يتناول ما بازائها من الليالي يقال ما رايتك منذ ايام والمراد بلياليها وكانت متتابعة
وان لم يشترط التتابع لان المبنى الاعتكاف على التتابع لان الاوقات كلها قابلة له بخلاف الصوم لان
مبناه على التفرق لان الليالي غير قابلة للصوم فيجب على التفرق حتى ينص على التتابع وان
نوى الايام خاصة صحت نيته لانه نوى الحقيقة ومن اوجب على نفسه اعتكاف يومين
يلزمه بليلتيهما وقال ابو يوسف لا تدخل الليلة الاولى لان المثنى غير الجمع فيلحق به احتياطا العبادة

كتاب الحج

الحج واجب على الاحرار البالغين العقلاء الاصحاء اذا قدروا على الزاد والراحلة فاضلا
عن المسكن وما لا بد منه وعن نفقة عياله الى حين عوده وكان الطريق آمنا وصفه بالوجوب
وهو فريضة محكمة ثبتت فرضيته بالكتاب وهو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت
من استطاع اليه سبيلا الآية ولا يجب في العمر الا مرة واحدة لانه عم قيل الحج في كل عام ام مرة
واحدة فقال لا بل مرة واحدة فما زاد فهو تطوع ولان سببه البيت وانه لا يتعدد فلا
يتكرر الوجوب ثم هو واجب على الفور عند ابي يوسف وعن ابي حنيفة ما يدل عليه وعند محمد
والشافعي على التراخي لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت في الصلوة وجه الاول
انه يختص بوقت خاص والموت في سنة واحدة غير نادر فيتضيق احتياطا ولهذا كان
التعجيل افضل بخلاف وقت الصلوة لان الموت في مثله نادر وانما شرط
الحرية والبلوغ لقوله عم ايما عبد حج عشر حجج ثم اعتق فعليه حجة الاسلام ولانه
عبادة وايما صبي حج عشر حجج ثم بلغ فعليه حجة الاسلام لانه عبادة والعبادة باسرها
موضوعة عن الصبيان والعقل شرط لصحة التكليف ولان صحة الجوارح لان العجز
دونها لازم والاعمى اذا وجد من يكفيه مؤنة سفره ووجد زادا وراحلة لا يجب
عليه الحج عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد مر في كتاب الصلوة واما المقعد فعن ابي حنيفة
انه يجب لانه مستطيع بغيره فاشبه المستطيع بالراحلة وعن محمد انه لا يجب لانه
غير قادر على الاداء بنفسه بخلاف الاعمى لانه لو هدي يؤدي بنفسه فاشبه الضال
عنه ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة وهو قدر ما يكتري به شق محمل او راس
زاملة وقدر النفقة ذاهبا وجائيا لانه عم سئل عن السبيل اليه فقال الزاد والراحلة
وان امكنه ان يكتري عقبة فلا شيء عليه لانهما اذا كانا يتعاقبان لم توجد الراحلة في جميع السفر

السفر ويشترط فاضلا عن المسكن وعن ما لا بد منه كالخادم واثاث البيت وثيابه لان
هذه الاشياء مشغولة بالحاجة الاصلية ويشترط ان يكون فاضلا عن نفقة عياله
الى حين عوده لان النفقة حق مستحق للمرأة وحق العبد مقدم على حق الشرع بامره
وليس من شرط الوجوب على اهل مكة ومن حولهم الراحلة لانه لا يلحقهم مشقة زائدة في الاداء
فاشبه السعي الى الجمعة ولا بد من امن الطريق لان الاستطاعة لا تثبت دونه ثم قيل
هو شرط الوجوب حتى لا يجب عليه الايصاء وهو مروي عن ابي حنيفة رح وقيل هو شرط
الاداء دون الوجوب لانه عم فسر الاستطاعة بالزاد والراحلة لا غير قال ويعتبر
في المرأة ان يكون لها محرم يحج بها او زوج ولا يجوز ان تحج بغيرهما اذا كان بينها وبين
مكة ثلثة ايام وقال الشافعي رح يجوز لها الحج اذا خرجت في رفقة ومعها نساء
ثقات لحصول الامن بالمرافقة ولنا قوله عم لا تحجن امرأة الا ومعها محرم ولان بدونه
المحرم يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها اليها ولهذا تحرم الخلوة بالاجنبية
وان كان معها غيرها بخلاف ما اذا كان بينها وبين مكة اقل من ثلثة ايام لانه يباح لها الخروج
اليها دون السفر بغير المحرم واذا وجدت محرما لم يكن للزوج ان يمنعها وقال الشافعي
له ان يمنعها لان في الخروج تفويت حقه ولنا ان حق الزوج لا يظهر في حق الفرائض
والحج منها حتى لو كان الحج نفلا له ان يمنعها ولو كان المحرم فاسقا قالوا لا يجب عليها
لان المقصود لا يحصل به ولها ان تخرج مع كل محرم الا ان يكون مجوسيا لانه يعتقد
اباحة مناكحتها ولا عبرة بالصبي والمجنون لانه لا يتأتى منهما الصيانة والصبية
التي بلغت حد الشهوة بمنزلة البالغة حتى لا تسافر من غير محرم ونفقة المحرم عليها
لانها تتوسل به الى اداء الحج واختلفوا ان المحرم شرط الوجوب ام شرط الاداء على حسب
اختلافهم في امن الطريق واذا بلغ الصبي بعد ما احرم او اعتق العبد فمضيا لم يجز
عن حجة الاسلام لان احرامهما انعقد لاداء النفل ولا ينقلب لاداء الفرض ولو جدد
الصبي الاحرام قبل الوقوف ونوى حجة الاسلام جاز والعبد لو فعل ذلك لم يجز
لان احرام الصبي غير لازم لعدم الاهلية اما احرام العبد لازم فلا يمكنه الخروج منه
بالشروع في غيره

فصل

والمواقيت التي لا يجوز ان يجاوزها الانسان الا
محرما خمسة لاهل المدينة ذو الحليفة ولاهل العراق ذات عرق ولاهل الشام جحفة
ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلملم هكذا وقت رسول الله عم هذه المواقيت
لهؤلاء وفائدة التوقيت المنع عن تأخير الاحرام عنها لانه يجوز التقديم عليها بالاتفاق
ثم الافاقي اذا انتهى اليها على قصد دخول مكة عليه ان يحرم قصد الحج او العمرة او
لم يقصد عندنا لقوله عم لا يجاوز احد الميقات الا محرما ولان الوجوب الاحرام

لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوي فيه التاجر والمعتمر وغيرهما ومن كان داخل الميقات له
ان يدخل مكة بغير احرام لحاجته لانه يكثر دخوله مكة وفي ايجاب الاحرام في كل مرة حرج بين
فصار كاهل مكة حيث يباح لهم الخروج منها ثم دخولها بغير احرام لحاجة بخلاف ما اذا قصد
اداء النسك لانه يتحقق احيانا فلا حرج فان قدم الاحرام على هذه المواقيت جاز
لقوله تع واتموا الحج والعمرة لله واتمامهما ان يحرم بهما من دويرة اهله كذا قاله علي وابن
مسعود رض والافضل التقديم عليها لان اتمام الحج مفسر به والمشقة فيه اكثر والتعظيم اوفر
وعن ابي حنيفة رح انما يكون افضل اذا كان يملك نفسه ان لا يقع في محظور ومن كان
داخل الميقات فوقته الحل معناه الحل الذي بين المواقيت وبين الحرم لانه يجوز احرامه
من دويرة اهله وما وراء الميقات الى الحرم مكان واحد ومن كان بمكة فوقته في الحج
الحرم وفي العمرة الحل لانه عم امر اصحابه رض بان يحرموا بالحج من جوف مكة وامر اخا عائشة
رض ان يعمرها من التنعيم وهو في الحل ولان اداء الحج في عرفة وهي في الحل فيكون من الحرم
ليتحقق نوع سفر واداء العمرة في الحرم فيكون الاحرام من الحل لهذا الا ان التنعيم افضل
لورود الاثر به **باب الاحرام** واذا اراد الاحرام اغتسل او توضأ والغسل افضل
لما روي انه عم اغتسل لاحرامه الا انه للتنظيف حتى تؤمر به الحائض وان لم يقع فرضا عنها
فيقوم الوضوء مقامه كما في الجمعة لكن الغسل افضل لان معنى النظافة فيه اتم ولانه عم
اختاره قال ولبس ثوبين جديدين او غسيلين ازارا ورداء لانه عم ائتزر وارتدى
عند احرامه ولانه ممنوع عن لبس المخيط ولا بد من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك
فيما عيناه والجديد افضل لانه اقرب الى الطهارة ومس طيبا ان كان له وعن محمد رح انه يكره
اذا تطيب بما تبقى عينه بعد الاحرام وهو قول مالك والشافعي رح لانه منتفع بالطيب
بعد الاحرام وجه المشهور حديث عائشة رض قالت كنت اطيب رسول الله عم لاحرامه
قبل ان يحرم والممنوع عنه التطيب والباقي كالتابع له لاتصاله به بخلاف الثوب لانه
مباين عنه وصلى ركعتين لما روى جابر رض ان النبي عم صلى بذي الحليفة ركعتين
عند احرامه وقال اللهم اني اريد الحج فيسره لي وتقبله مني لان اداها لم يذكر مثل هذا الدعاء
لان مدتها يسيرة واداؤها عادة متيسرة قال ثم يلبي عقيب صلاته لما روي ان النبي عم
لبى في دبر صلاته فان لبى بعدما استوت به راحلته جاز ولكن الاول افضل لما روينا
وان كان مفردا بالحج ينوي بتلبيته الحج لانه عبادة والاعمال بالنيات والتلبية ان يقول
لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك وقوله
ان الحمد بكسر الالف ليكون ابتداء لا بناء اذ الفتحة صفة الاولى وهو اجابة لدعاء الخليل عم
على ما هو المعروف في القصة ولا ينبغي ان يخل بشيء من هذه الكلمات لانه هو المنقول
باتفاق

باتفاق الرواة فلا ينقص عنه ولو زاد فيها جاز خلافا للشافعي رح في رواية الربيع عنه هو اعتبره
بالاذان والتشهد من حيث انه ذكر منظوم ولنا ان اجلاء الصحابة كابن مسعود وابن عمر
وابي هريرة رض زادوا على المأثور ولان المقصود الثناء واظهار العبودية فلا يمنع من
الزيادة عليه واذا لبى فقد احرم يعني اذا نوى لان العبادة لا تتأدى الا بالنية الا انه
لم يذكرها لتقدم الاشارة اليها في قوله اللهم اني اريد الحج ولا يصير شارعا في الاحرام
بمجرد النية ما لم يأت بالتلبية خلافا للشافعي رح لانه عقد على الاداء فلا بد من ذكر كما في
تحريمة الصلاة ويصير شارعا بذكر يقصد به التعظيم سوى التلبية فارسيا كان او عربيا
هذا هو المشهور عن اصحابنا رح والفرق بينه وبين الصلاة على اصلهما ان باب الحج اوسع
من باب الصلاة حتى يقام غير الذكر مقام الذكر كتقليد البدن فكذا غير التلبية وغير
العربية قال ويتقي ما نهى الله عنه من الرفث والفسوق والجدال والاصل فيه قوله تعالى
فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج فهذا نهي بصيغة النفي والرفث الجماع او الكلام الفاحش
او ذكر الجماع بحضرة النساء والفسوق المعاصي وهي في حالة الاحرام اشد حرمة والجدال
ان يجادل رفيقه وقيل مجادلة المشركين في تقديم وقت الحج وتأخيره ولا يقتل صيدا
لقوله تعالى ولا تقتلوا الصيد وانتم حرم ولا يشير اليه ولا يدل عليه لحديث ابي قتادة رض
انه اصاب حمارا وحشيا وهو حلال واصحابه محرمون فقال النبي عم هل اشرتم هل دللتم هل
اعنتم فقالوا لا فقال اذا فكلوا ولانه ازالة الامن عن الصيد لانه آمن بتوحشه وبعده
عن الاعين ولا يلبس قميصا ولا سراويل ولا عمامة ولا قلنسوة ولا قباء ولا خفين الا ان لا
يجد نعلين فيقطعهما اسفل من الكعبين لما روي ان النبي عم نهى ان يلبس المحرم هذه الاشياء
وقال في آخره ولا خفين الا ان لا يجد نعلين فيقطعهما اسفل الكعبين والكعب هنا
المفصل الذي في وسط القدم عند معقد الشراك فيما روى هشام عن محمد رح قال ولا يغطي وجهه
ولا رأسه وقال الشافعي رح يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله عم احرام الرجل في رأسه
واحرام المرأة في وجهها ولنا قوله عم لا تخمروا وجهه ولا رأسه فانه يبعث يوم القيامة
ملبيا قاله في محرم توفي ولان المرأة لا تغطي وجهها مع ان في الكشف فتنة فالرجل
بطريق الاولى وفائدة ما روي الفرق في تغطية الرأس قال ولا يمس طيبا لقوله عم
الحاج الشعث التفل وكذا لا يدهن لما روينا ولا يحلق رأسه ولا شعر بدنه لقوله تعالى
ولا تحلقوا رؤوسكم الآية ولا يقص من لحيته لانه في معنى الحلق ولان فيه ازالة
الشعث وقضاء التفث ولا يلبس ثوبا مصبوغا بورس ولا زعفران ولا عصفر لقوله عم
لا يلبس المحرم ثوبا مسه زعفران ولا ورس الا ان يكون غسيلا لا ينفض لان المنع
للطيب لا للون وقال الشافعي رح لا بأس بلبس المعصفر لانه لون لا طيب له ولنا ان له رائحة

طيبه ولا بأس بان يغتسل ويدخل الحمام لان عمر رضه اغتسل وهو محرم ولا بأس بان يستظل بالبيت
والمحمل وقال مالك يكره ان يستظل بالفسطاط وما اشبه ذلك لانه يشبه تغطية الرأس ولنا
ان عثمان رض كان يضرب له فسطاط في احرامه ولانه لا يمس بدنه فاشبه البيت ولو دخل
تحت استار الكعبة حتى غطته ان كان لا يصيب رأسه ولا وجهه فلا بأس به لانه استظلال
ولا بأس ان يشد في وسطه الهميان وقال مالك يكره اذا كانت نفقة غيره لانه لا ضرورة
ولنا انه ليس في معنى لبس المخيط فاستوت فيه الحالتان ولا يغسل رأسه ولا لحيته بالخطمي لانه
نوع طيب ولانه يقتل هوام الرأس قال ويكثر من التلبية عقيب الصلوات وكلما علا شرفا او هبط
واديا او لقي ركبا وبالاسحار لان اصحاب رسول الله كانوا يلبون في هذه الاحوال والتلبية
في الاحرام على مثال التكبير في الصلوة فيؤتى بها عند الانتقال من حال الى حال ويرفع
صوته بالتلبية لقوله عم افضل الحج العج والثج فالعج رفع الصوت بالتلبية والثج اسالة
دم الهدايا فاذا دخل مكة ابتدا بالمسجد لما روي ان النبي عم كما دخل مكة دخل المسجد ولان
المقصود زيارة البيت وهو فيه ولا يضره ليلا دخلها او نهارا لانه دخل بلدة فلا تختص
باحدهما فاذا عاين البيت كبر وهلل وكان ابن عمر رض يقول اذا لقي البيت بسم الله والله اكبر
ومحمد لم يعين في الاصل لمشاهد الحج شيئا من الدعوات لان التوقيت يذهب بالرقة
وان تبرك بالمنقول منها فحسن قال ثم ابتدا بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل لما روي
ان النبي عم دخل المسجد فابتدا بالحجر الاسود فاستقبله وكبر وهلل قال ويرفع يديه لقوله عم
لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها استلام الحجر قال واستلمه ان استطاع
من غير ان يؤذي مسلما ويختم بالاستلام الطواف لما روي ان النبي عم قبل الحجر الاسود
ووضع شفتيه عليه وقال لعمر رض انك رجل ايد تؤذي الضعيف فلا تزاحم الناس على الحجر
ولكن ان وجدت فرجة فاستلمه والا فاستقبله وهلل وكبر ولان الاستلام سنة والتحرز
عن اذى المسلم واجب قال وان امكنه ان يمس الحجر شيئا في يده كالعرجون ونحوه ثم يقبل
ذلك فعل لما روي عن النبي عم طاف على راحلته واستلم الاركان بمحجنه وان لم يستطع شيئا
من ذلك استقبله وكبر وهلل وحمد الله تعالى وصلى على النبي عم قال ثم اخذ عن يمينه مما يلي
الباب وقد اضطبع رداءه فيطوف بالبيت سبعة اشواط لما روي انه عم استلم الحجر ثم
اخذ عن يمينه مما يلي الباب وقد اضطبع رداءه فطاف سبعة اشواط والاضطباع ان يجعل
رداءه تحت ابطه الايمن ويلقيه على كتفه الايسر وهو سنة وقد نقل ذلك عن رسول الله
عليه السلام ويجعل طوافه من وراء الحطيم وهو اسم لموضع فيه الميزاب سمي حطيما لانه حطم
من البيت اي كسر وسمي حجرا لانه حجر منه اي منع وهو من البيت لقوله عم في حديث عائشة رضه
فان الحطيم من البيت فلهذا يجعل الطواف من ورائه حتى لو دخل الفرجة التي بينه وبين البيت

البيت لا يجزيه الا انه استقبل الحطيم وحده لا تجزيه الصلوة لان فرضية التوجه ثبت بنص
الكتاب فلا يتأدى بما ثبت بخبر الواحد احتياطا والاحتياط في الطواف ان
يكون وراءه قال ويرمل في الثلث الاول من الاشواط والرمل ان يهز في مشيه الكتفين كالمبارز
يتبختر بين الصفين وذلك مع الاضطباع وكان سببه اظهار الجلد للمشركين حين قالوا
اضناهم حمى يثرب ثم بقي الحكم بعد زوال السبب في زمن النبي عم وبعده قال ويمشي في
الباقي على هينته على ذلك اتفق رواة نسك رسول الله عم والرمل من الحجر الى الحجر هو المنقول
من رمل رسول الله عم فان زحمه الناس في الرمل قام فاذا وجد مسلكا رمل لانه لا بدل له
فيقف حتى يقيمه على وجه السنة بخلاف الاستلام لان الاستقبال بدل له ويستلم الحجر
كلما مر به ان استطاع لان اشواط الطواف كركعات الصلوة فكما يفتتح كل ركعة بالتكبير
يفتتح كل شوط باستلام الحجر وان لم يستطع الاستلام استقبل وكبر وهلل على ما ذكرنا
ويستلم الركن اليماني وهو حسن في ظاهر الرواية وعن محمد رح انه سنة ولا يستلم
غيرهما فان النبي عم كان يستلم هذين الركنين ولا يستلم غيرهما ويختم الطواف
بالاستلام يعني استلام الحجر ثم يأتي المقام فيصلي عنده ركعتين او حيث تيسر
من المسجد وهي واجبة عندنا وقال الشافعي سنة لانعدام دليل الوجوب ولنا قوله عم
وليصل الطائف لكل اسبوع ركعتين والامر للوجوب ثم يعود الى الحجر فيستلمه لما روي
ان النبي عم لما صلى ركعتين عاد الى الحجر والاصل ان كل طواف بعده سعي يعود الى الحجر
لان الطواف لما كان يفتتح بالاستلام فكذا السعي يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعي
قال وهذا الطواف طواف القدوم ويسمى طواف التحية وهو سنة وليس بواجب وقال
مالك انه واجب لقوله عم من اتى البيت فليحيه بالطواف ولنا ان الله تعالى امر بالطواف
والامر المطلق لا يقتضي التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع وفيما رواه سماه
تحية وهو دليل الاستحباب وليس على اهل مكة طواف القدوم لانعدام القدوم في حقهم
ثم يخرج الى الصفا فيصعد عليه ويستقبل البيت ويكبر ويهلل ويصلي على النبي عم
ويرفع يديه ويدعو الله تعالى لحاجته لما روي ان النبي عم صعد الصفا حتى اذا نظر
الى البيت قام مستقبل القبلة يدعو الله تعالى ولان الثناء والصلوة يقدمان على الدعاء
تقريبا الى الاجابة كما في غيره من الدعوات والرفع سنة الدعاء وانما يصعد بقدر ما يصير
البيت بمرأى منه لان الاستقبال هو المقصود بالصعود ويخرج الى الصفا من اي
باب شاء وانما خرج النبي عم من باب بني مخزوم وهو الذي يسمى باب الصفا لانه كان اقرب
الابواب الى الصفا لا انه سنة ثم ينحط نحو المروة ويمشي على هينته فاذا بلغ بطن
الوادي سعى بين الميلين الاخضرين سعيا ثم يمشي على هينته حتى يأتي المروة

يقدمان ٤

فيقعد عليها ويفعل كما فعل على الصفا لما روي أن النبي عم نزل من الصفا وجعل يمشي
نحو المروة وسعى في بطن الوادي حتى إذا خرج من بطن الوادي مشى حتى صعد المروة
وطاف بينهما سبعة أشواط وهذا شوط فيطوف سبعة أشواط يبدأ بالصفا ويختم
بالمروة ويسعى في بطن الوادي في كل شوط لما روينا وإنما يبدأ بالصفا لقوله عم فيه
ابدأوا بما بدأ الله تعالى به ثم السعي بين الصفا والمروة واجب وليس بركن وقال الشافعي
ركن لقوله عم إن الله تعالى كتب عليكم السعي فاسعوا ولنا قوله تعالى فلا جناح عليه أن يطوف بهما
ومثله يستعمل للإباحة فينفي الركنية والإيجاب إلا أنا عدلنا عنه في الإيجاب ولأن الركنية
لا تثبت إلا بدليل مقطوع به ولم يوجد ثم معنى ما روي كتب استحبابا كما في قوله تعالى كتب عليكم إذا حضر
أحدكم الموت الآية ثم يقيم بمكة حراما لأنه محرم بالحج فلا يتحلل قبل الإتيان بأفعاله ويطوف
بالبيت كلما بدا له لأنه يشبه الصلاة قال النبي عم الطواف بالبيت صلاة والصلاة خير
موضوع فكذا الطواف إلا أنه لا يسعى عقيب هذه الأطوفة في هذه المدة لأن السعي
لا يجب إلا مرة والتنفل بالسعي غير مشروع ويصلي لكل أسبوع ركعتين وهي
ركعتا الطواف على ما بينا فإذا كان قبل يوم التروية بيوم خطب الإمام خطبة يعلم
فيها الناس الخروج إلى منى والصلاة بعرفات والوقوف والإفاضة فالحاصل أن في الحج
ثلاث خطب أولها ما ذكرنا والثانية يوم عرفة بعرفات والثالثة بمنى في اليوم الحادي عشر
فيفصل بين كل خطبتين بيوم وقال زفر يخطب في ثلاثة أيام متوالية أولها يوم التروية
لأنها أيام الموسم ومجتمع الحاج ولنا أن المقصود منها التعليم ويوم التروية ويوم النحر
يوما اشتغال فكان ما ذكرناه أنفع وفي القلوب أنجع فإذا صلى الفجر يوم التروية بمكة خرج
إلى منى فيقيم بها حتى يصلي الفجر من يوم عرفة لما روي أن النبي عم صلى الفجر يوم التروية بمكة
فلما طلعت الشمس راح إلى منى فصلى بمنى الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر ثم راح
إلى عرفات ولو بات بمكة ليلة عرفة وصلى بها الفجر ثم غدا إلى عرفات ومر بمنى أجزأه لأنه لا يتعلق
بمنى في هذا اليوم إقامة نسك ولكنه أساء في تركه الاقتداء برسول الله عم ثم يتوجه إلى
عرفات فيقيم بها لما روينا وهذا بيان الأولوية أما لو دفع قبله جاز لأنه لا يتعلق بهذا المقام
حكم وقال في الأصل وينزل بها مع الناس لأن الانتباذ تجبر والحال حال تضرع والإجابة
في الجمع أرجى وقيل مراده أن لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة وإذا زالت الشمس
يصلي الإمام بالناس الظهر والعصر فيبتدئ فيخطب قبل الصلاة خطبة يعلم فيها الناس
الوقوف بعرفة والمزدلفة ورمي الجمار والحلق والنحر وطواف الزيارة ويخطب خطبتين
يفصل بينهما بجلسة كما في الجمعة هكذا فعله رسول الله عم وقال مالك يخطب بعد الصلاة
لأنها خطبة وعظ وتذكير فأشبه خطبة العيد ولنا ما روينا ولأن المقصود منها تعليم المناسك

والجمع منها في ظاهر المذهب إذا صعد الإمام المنبر فجلس أذن المؤذنون كما في الجمعة وعن
أبي يوسف رح أنه يؤذن قبل خروج الإمام وعنه أنه يؤذن بعد الخطبة والصحيح ما ذكرنا لأن
النبي عم لما خرج واستوى على ناقته أذن المؤذنون بين يديه ويقيم المؤذن بعد الفراغ من
الخطبة لأنه أوان الشروع في الصلاة فأشبه الجمعة ويصلي بهم الظهر والعصر في وقت الظهر بأذان
وإقامتين وقد ورد النقل المستفيض باتفاق الرواة بالجمع بين الصلاتين وفيما روى جابر رض
أن النبي عم صلاهما بأذان وإقامتين ثم بيانه أنه يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لأن
العصر يؤدى قبل وقته المعهود فيفرد بالإقامة إعلاما للناس ولا يتطوع بين الصلاتين
تحصيلا لمقصود الوقوف ولهذا قدم العصر على وقته فلو أنه فعل مكروها وأعاد الأذان
للعصر في ظاهر الرواية خلافا لما روي عن محمد رح لأن الاشتغال بالتطوع أو بعمل آخر يقطع
فور الأذان الأول فيعيد للعصر فإن صلى بغير خطبة أجزأه لأن هذه الخطبة ليست
بفريضة ومن صلى الظهر في رحله وحده صلى العصر في وقته عند أبي حنيفة رح وقالا يجمع
بينهما المنفرد لأن جواز الجمع للحاجة إلى امتداد الوقوف والمنفرد محتاج إليه ولأبي حنيفة رح
أن المحافظة على الوقت فرض بالنص فلا يجوز تركه إلا فيما ورد الشرع به وهو الجمع بالجماعة
مع الإمام والتقديم لصيانة الجماعة لأنه يعسر عليهم الاجتماع للعصر بعد ما تفرقوا في الموقف
لا لما ذكرا إذ لا منافاة ثم عند أبي حنيفة رح الإمام شرط في الصلاتين جميعا وقال زفر في العصر
خاصة لأنه هو المغير عن وقته وعلى هذا الخلاف الإحرام بالحج ولأبي حنيفة أن التقديم على خلاف
القياس عرفناه شرعا فيما إذا كانت العصر مرتبة على ظهر مؤدى بالجماعة مع الإمام
في حالة الإحرام بالحج فيقتصر عليه ثم لا بد من الإحرام بالحج قبل الزوال في رواية تقديما
للإحرام على وقت الجمع وفي أخرى يكتفي بالتقديم على الصلاة لأن المقصود هو الصلاة
ثم يتوجه إلى الموقف فيقف بقرب الجبل والقوم معه عقيب انصرافهم من الصلاة لأن
النبي عم راح إلى الموقف عقيب الصلاة والجبل يسمى جبل الرحمة والموقف الأعظم
قال وعرفات كلها موقف إلا بطن عرنة لقوله عم عرفات كلها موقف وارتفعوا عن
بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا عن وادي محسر وينبغي للإمام أن
يقف بعرفة على راحلته لأن النبي عم وقف على ناقته وإن وقف على قدميه جاز والأول
أفضل لما بينا وينبغي أن يقف مستقبل القبلة لأن النبي عم وقف كذلك وقال عم خير
المواقف ما استقبلت به القبلة ويدعو ويعلم الناس المناسك لما روي أن النبي عم
كان يدعو يوم عرفة مادا يديه كالمستطعم المسكين ويدعو بما شاء وإن وردت الآثار
ببعض الدعوات وقد أوردنا تفصيلها في كتابنا المترجم بعدة المناسك في عدة المناسك
قال وينبغي للناس أن يقفوا بقرب الإمام لأنه يدعو ويعلم فيعوا ويسمعوا وينبغي أن يقف

وراء الامام ليكون مستقبل القبلة وهذا بيان الافضلية لان عرفة كلها موقف على ما ذكرنا
ويستحب ان يغتسل قبل الوقوف ويجتهد في الدعاء اما الاغتسال فهو سنة وليس بواجب
ولو اكتفى بالوضوء جاز كما في الجمعة والعيدين وعند الاحرام واما الاجتهاد فلانه عم
اجتهد في الدعاء في هذا الموقف لامته فاستجيب له الا في الدماء والمظالم ويلبي في موقفه
ساعة بعد ساعة وقال مالك لا يقطع التلبية كما يقف بعرفة لان الاجابة باللسان قبل
الاشتغال بالاركان ولنا ما روي ان النبي عم ما زال يلبي حتى اتى جمرة العقبة ولان
التلبية فيه كالتكبير في الصلاة فيأتي بها الى آخر جزء من الاحرام قال فاذا غربت الشمس
افاض الامام والناس معه على هيئتهم حتى يأتوا مزدلفة لان النبي عم دفع بعد غروب الشمس
لان فيه اظهار مخالفة المشركين وكان عليه السلام يمشي على راحلته في الطريق على هيئته فان
خاف الزحام فدفع قبل الامام ولم يجاوز حدود عرفة اجزأه لانه لم يفض من عرفة والافضل
ان يقف في مقامه كيلا يكون آخذا في الاداء قبل وقتها ولو مكث قليلا بعد غروب الشمس
وافاضة الامام لخوف الزحام فلا بأس به لما روي ان عائشة رض بعد افاضة الامام دعت
بشراب فافطرت ثم افاضت واذا اتى مزدلفة فالمستحب ان يقف بقرب الجبل الذي
عليه الميقدة يقال له قزح لان النبي عم وقف عند هذا الجبل وكذا عمر رض ويتحرز في النزول
عن الطريق كيلا يضر بالمارة فينزل عن يمينه او عن يساره ويستحب ان يقف وراء الامام لما
بينا في الوقوف بعرفة ويصلي الامام بالناس المغرب والعشاء في وقت العشاء باذان
واقامة واحدة وقال زفر رح باذان واقامتين اعتبارا بالجمع بعرفة ولنا رواية جابر رض
ان النبي عم جمع بينهما باذان واقامة واحدة ولان العشاء في وقتها فلا يفرد بالاقامة
اعلاما بخلاف العصر بعرفة لانه مقدم على وقته فافرد بها لزيادة الاعلام ولا
يتطوع بينهما لانه يخل بالجمع ولو تطوع او تشاغل بشيء اعاد الاقامة لوقوع الفصل
وكان ينبغي ان يعيد الاذان كما في الجمع الاول الا انا اكتفينا باعادة الاقامة لما روي
ان النبي عم صلى المغرب بمزدلفة ثم تعشى ثم افرد الاقامة للعشاء ولا يشترط الجماعة
لهذا الجمع عند ابي حنيفة رح لان المغرب مؤخرة عن وقتها بخلاف الجمع بعرفة لان العصر مقدم
على وقته ومن صلى المغرب في الطريق لم يجزه عند ابي حنيفة ومحمد رح وعليه اعادتها ما لم
يطلع الفجر وقال ابو يوسف يجزيه وقد اساء وعلى هذا الخلاف اذا صلى بعرفات لابي يوسف انه
اداها في وقتها فلا يجب اعادتها كما بعد طلوع الفجر الا ان التأخير من السنة فيصير مسيئا
بتركه ولهما ما روي ان النبي عم قال لاسامة رض في طريق المزدلفة الصلاة امامك
معناه وقت الصلاة وهذا اشارة الى ان التأخير واجب وانما وجب ليمكنه الجمع بين الصلاتين
بالمزدلفة فكان عليه الاعادة ما لم يطلع الفجر ليصير جامعا بينهما فاذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع

الجمع فسقطت الاعادة قال واذا طلع الفجر يصلي الامام بالناس الفجر بغلس لرواية ابن
مسعود رض ان النبي عم صلاها يومئذ بغلس ولان في التغليس دفع حاجة الوقوف
فيجوز كتقديم العصر بعرفة ثم وقف ووقف الناس معه فدعا لان النبي عم وقف
في هذا الموضع يدعو حتى روي في حديث ابن عباس رض فاستجيب له دعاؤه لامته
حتى الدماء والمظالم ثم هذا الوقوف واجب عندنا وليس بركن حتى لو تركه بغير عذر يلزمه
الدم وقال الشافعي رض انه ركن لقوله تعالى فاذكروا الله عند المشعر الحرام وبمثله تثبت
الركنية ولنا ما روي ان النبي عم قدم ضعفة اهله بالليل ولو كان ركنا لما فعل ذلك
والمذكور فيما تلا الذكر وهو ليس بركن بالاجماع وانما عرفنا الوجوب بقوله عم
من وقف معنا هذا الموقف وقد كان افاض قبل ذلك من عرفات فقد تم حجه علق به تمام الحج وهذا
يصلح امارة الوجوب غير انه اذا تركه بعذر بان يكون به ضعف او علة او كانت امرأة
تخاف الزحام لا شيء عليه لما روينا والمزدلفة كلها موقف الا وادي محسر لما روينا
واذا طلعت الشمس افاض الامام والناس معه حتى يأتوا منى قال رض هكذا وقع في بعض نسخ
المختصر وهذا غلط والصحيح اذا اسفر افاض الامام والناس لان النبي عم دفع
قبل طلوع الشمس قال فيبتدئ بجمرة العقبة فيرميها من بطن الوادي بسبع
حصيات مثل حصى الخذف لان النبي عم لما اتى منى لم يعرج على شيء حتى رمى جمرة العقبة
وقال النبي عم عليكم بحصى الخذف لا يؤذي بعضكم بعضا ولو رمى باكبر منه جاز
لحصول الرمي غير انه لا يرمي بالكبار من الاحجار كيلا يتأذى به غيره ولو رماها
من فوق العقبة اجزأه لان ما حولها موضع النسك والافضل ان يكون من بطن الوادي
لما روينا ويكبر مع كل حصاة كذا روي ابن مسعود وابن عمر رض ولو سبح مكان التكبير
اجزأه لحصول الذكر وهو من آداب الرمي ولا يقف عندها لان النبي عم لم يقف عندها
ويقطع التلبية مع اول حصاة لما روينا عن ابن مسعود رض وروى جابر رض ان النبي عم
قطع التلبية عند اول حصاة رمى بها جمرة العقبة ثم كيفية الرمي ان يضع الحصاة على
ظهر ابهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة ومقدار الرمي ان يكون بين الرامي وبين موضع
السقوط خمسة اذرع كذا روى الحسن رح عن ابي حنيفة رح لان ما دون ذلك يكون طرحا
ولو طرحها اجزأه لانه رمى الى قدميه الا انه مسيء لمخالفة السنة ولو وضعها وضعا لم يجزه
لانه ليس برمي ولو رماها فوقعت قريبا من الجمرة يكفيه لان هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز
عنه ولو وقعت بعيدا منها لم يجزه لانه لم يعرف قربة الا في مكان مخصوص ولو رمى
بسبع حصيات جملة فهذه واحدة لان المنصوص عليه تفرق الافعال ويأخذ الحصى
من اي موضع شاء الا من عند الجمرة فان ذلك يكره لان ما عندها من الحصى مردود هكذا

جاء في الأثر فيتشاءم به ومع هذا لو فعل أجزأه لوجود فعل الرمي ويجوز الرمي بكل
ما كان من أجزاء الأرض عندنا خلافا للشافعي لأن المتحقق فعل الرمي وذلك يحصل
بالطين كما يحصل بالحجر بخلاف ما إذا رمى بالذهب أو الفضة لأنه يسمى نثارا لا رميا
ثم يذبح إن أحب ثم يحلق أو يقصر لما روي عن رسول الله عليه السلام أنه قال إن أول نسكنا
هذا أن نرمي ثم نذبح ثم نحلق ولأن الحلق من أسباب التحلل وكذا الذبح حتى يتحلل به المحصر
فيتقدم الرمي عليهما ثم الحلق من محظورات الإحرام فيتقدم عليه الذبح وإنما علق الذبح
بالمحبة لأن الدم الذي يأتي به المفرد تطوع والكلام في المفرد والحلق أفضل
لقوله عليه السلام رحم الله المحلقين الحديث ظاهر بالترحم عليهم قال كلمة الوحدة مرتين
ولأن الحلق أكمل في قضاء التفث وهو المقصود وفي التقصير بعض التقصير
فأشبه الاغتسال مع الوضوء ويكفي في الحلق ربع الرأس اعتبارا بالمسح وحلق
الكل أفضل اقتداء برسول الله عليه السلام والتقصير أن يأخذ من رؤوس شعره مقدار الأنملة
قال وقد حل له كل شيء إلا النساء وقال مالك إلا الطيب أيضا لأنه من دواعي الجماع
ولنا قوله عليه السلام فيه حل له كل شيء إلا النساء وهو مقدم على القياس ولا يحل له الجماع
فيما دون الفرج عندنا خلافا للشافعي لأنه قضاء الشهوة بالنساء فيؤخر إلى
تمام الإحلال ثم الرمي ليس من أسباب التحلل عندنا خلافا للشافعي رح هو يقول إنه
يتوقت بيوم النحر كالحلق فيكون بمنزلته في التحليل ولنا أن ما يكون محللا يكون جناية
في غير أوانه كالحلق والرمي ليس بجناية في غير أوانه بخلاف الطواف لأن التحلل بالحلق
السابق لا به قال ثم يأتي مكة من يومه ذلك أو من الغد أو من بعد الغد فيطوف بالبيت
طواف الزيارة سبعة أشواط لما روي أن النبي عم لما حلق أفاض إلى مكة فطاف بالبيت
ثم عاد إلى منى وصلى الظهر بمنى ووقته أيام النحر لأن الله تعالى عطف الطواف على الذبح
قال فكلوا منها ثم قال وليطوفوا فكان وقتهما واحدا وأول وقته بعد طلوع الفجر
من يوم النحر لأن ما قبله من الليل وقت الوقوف بعرفة والطواف مرتب عليه وأفضل
هذه الأيام أولها كما في التضحية وفي الحديث أفضلها أولها فإن كان قد سعى بين الصفا
والمروة عقيب طواف القدوم لم يرمل في هذا الطواف ولا سعي عليه وإن كان
لم يقدم السعي رمل في هذا الطواف ويسعى بعده لأن السعي لم يشرع إلا مرة واحدة
والرمل ما شرع إلا مرة في طواف بعده سعي ويصلي ركعتين بعد هذا الطواف
لأن ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف أو نفلا لما بينا قال وقد حل له
النساء ولكن بالحلق السابق إذ هو المحلل لا بالطواف إلا أنه أخر عمله في حق النساء
قال وهذا الطواف هو المفروض في الحج وهو ركن فيه إذ هو المأمور به في قوله تعالى

وليطوفوا بالبيت العتيق ويسمى طواف الإفاضة وطواف يوم النحر ويكره تأخيره
عن هذه الأيام لما بينا أنه موقت بها فإن أخره عنها لزمه دم عند أبي حنيفة رح وسنبينه في
باب الجنايات إن شاء الله تعالى ثم يعود إلى منى فيقيم بها لأن النبي عم رجع إليها كما روينا
ولأنه بقي عليه الرمي وموضعه بمنى فإذا زالت الشمس من اليوم الثاني من أيام النحر رمى
الجمار الثلاث فيبتدئ بالتي تلي مسجد الخيف فيرميها بسبع حصيات يكبر مع كل
حصاة ويقف عندها ثم يرمي التي تليها مثل ذلك ويقف عندها ثم يرمي جمرة العقبة
كذلك ولا يقف عندها هكذا روى جابر رضه فيما نقل من نسك رسول الله عم مفسرا
ويقف عند الجمرتين في المقام الذي يقف فيه الناس ويحمد الله تعالى ويثني عليه
ويهلل ويكبر ويصلي على النبي عم ويدعو بحاجته ويرفع يديه لقوله عم لا ترفع
الأيدي إلا في سبعة مواطن وذكر من جملتها عند الجمرتين والمراد رفع الأيدي
بالدعاء وينبغي أن يستغفر للمؤمنين والمؤمنات في دعائه في هذه المواقف لأن النبي عم
قال اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج ثم الأصل أن كل رمي بعده رمي يقف
لأن العبادة قد انتهت ولهذا لا يقف بعد جمرة العقبة في يوم النحر أيضا وإذا كان من الغد رمى
الجمار الثلاث بعد زوال الشمس كذلك وإن أراد أن يتعجل النفر نفر إلى مكة وإن أراد أن يقيم
رمى الجمار الثلاث يوم الرابع بعد زوال الشمس لقوله تعالى فمن تعجل في يومين فلا
إثم عليه ومن تأخر فلا إثم عليه لمن اتقى والأفضل أن يقيم لما روي أن النبي عم صبر حتى
رمى الجمار الثلاث في يوم الرابع وله أن ينفر ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع فإذا طلع الفجر
لم يكن له أن ينفر لدخول وقت الرمي وفيه خلاف الشافعي رح وإن قدم الرمي في هذا اليوم
يعني اليوم الرابع قبل الزوال بعد طلوع الفجر جاز عند أبي حنيفة رح وهذا استحسان
وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر الأيام وإنما التفاوت في رخصة النفر فإذا لم يترخص
التحق بها ومذهبه مروي عن ابن عباس رضه ولأنه لما ظهر أثر التخفيف في هذا اليوم
في حق الترك فلأن يظهر في جوازه في الأوقات كلها أولى بخلاف اليوم الأول والثاني
حيث لا يجوز الرمي فيهما إلا بعد الزوال في المشهور من الرواية لأنه لا يجوز تركه فيهما
فبقي على أصل المروي فأما يوم النحر فأول وقت الرمي فيه من وقت طلوع الفجر وقال
الشافعي رح أوله بعد نصف الليل لما روي أن النبي عم رخص للرعاء أن يرموا ليلا
ولنا قوله عم لا ترموا جمرة العقبة إلا مصبحين ويروى حتى تطلع الشمس فيثبت أصل
الوقت بالأول والأفضلية بالثاني وتأويل ما روي الليلة الثانية والثالثة ولأن
ليلة النحر وقت الوقوف والرمي يترتب عليه فيكون وقته بعده ضرورة ثم عند أبي حنيفة
يمتد هذا الوقت إلى غروب الشمس لقوله عم إن أول نسكنا في هذا اليوم الرمي جعل

جميع اليوم ونهايته ذهابه بغروب الشمس وعن ابي يوسف انه يمتد الى وقت الزوال والحجة
عليه ما رويناه انه لو رمى في الليل رماه ولا شيء عليه لحديث الرعاء وان اخر الى الغد رماه لانه وقت
جنس الرمي وعليه دم عند ابي حنيفة رح لتأخيره عن وقته كما هو مذهبه قال وان رماها
راكبا اجزاه لحصول فعل الرمي وكل رمي بعده رمي فالافضل ان يرميه ماشيا والا فيرميه راكبا
لان الاول بعده وقوف ودعاء على ما ذكرنا فيرميه ماشيا ليكون اقرب الى التضرع وبيان
الافضل مروي عن ابي يوسف رح ويكره ان لا يبيت بمنى ليالي الرمي لان النبي عم بات بها وعمر رض
كان يؤدب على ترك المقام بها ولو بات في غيرها متعمدا لا يلزمه شيء عندنا خلافا للشافعي
لانه وجب ليسهل عليه الرمي في ايامه فلم يكن من افعال الحج فتركه لا يوجب الجابر قال ويكره
ان يقدم الرجل ثقله الى مكة ويقيم حتى يرمي لما روي ان عمر رض كان يمنع منه ويؤدب عليه
ولانه يوجب شغل قلبه واذا نفر الى مكة نزل بالمحصب وهو الابطح وهو اسم موضع قد نزل به
رسول الله عم وكان نزوله قصدا هو الاصح حتى يكون النزول به سنة على ما روي انه عم
قال لاصحابه انا نازلون غدا بخيف بني كنانة حيث تقاسم المشركون فيه على شركهم يشير
الى عهدهم على هجران بني هاشم فعرفنا انه نزل به اراءة للمشركين لطيف صنع الله تعالى به فصار
سنة كالرمل في الطواف قال ثم يدخل مكة فيطوف بالبيت سبعة اشواط لا يرمل فيها وهذا الطواف
الصدر ويسمى طواف الوداع وطواف اخر عهد بالبيت لانه يودع البيت ويصدر عنه
وهو واجب عندنا خلافا للشافعي رح لقوله عم من حج هذا البيت فليكن اخر عهده بالبيت
الطواف ورخص للنساء الحيض قال الا على اهل مكة لانهم لا يصدرون ولا يودعون ولا رمل
فيه لما بينا انه شرع مرة واحدة ويصلي ركعتي الطواف بعده لما قدمنا ويأتي زمزم
فيشرب من مائها لما روي انه عم استقى دلوا بنفسه فشرب منه ثم افرغ باقي الدلو في البئر
ويستحب ان يأتي الباب ويقبل العتبة ويأتي الملتزم وهو ما بين الحجر الى الباب فيضع صدره
ووجهه عليه ويتشبث بالاستار ساعة ثم يعود الى اهله هكذا روي عن النبي عم انه فعل
بالملتزم ذلك قالوا وينبغي ان ينصرف وهو يمشي وراءه ووجهه الى البيت متباكيا
متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد وهذا بيان تمام الحج والله تعالى اعلم بالصواب

فصل

فان لم يدخل المحرم مكة وتوجه الى عرفات ووقف بها على ما بينا سقط عنه طواف القدوم لانه
شرع في ابتداء الحج على وجه يترتب عليه سائر الافعال فلم يكن الاتيان به على غير ذلك الوجه سنة
ولا شيء عليه بتركه لانه سنة وبترك السنة لا يجب الجابر ومن ادرك الوقوف بعرفة
ما بين زوال الشمس من يومها الى طلوع الفجر من يوم النحر فقد ادرك الحج واول وقت الوقوف
بعد الزوال لما روي ان النبي عم وقف بعد الزوال وهذا بيان اول الوقت وقال من ادرك

عرفة بليل فقد ادرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج وهذا بيان اخر الوقت ومالك رح يقول
ان اول وقته بعد طلوع الفجر او بعد طلوع الشمس وهو محجوج عليه بما روينا ثم اذا وقف بعد
الزوال وافاض من ساعته اجزاه عندنا لانه عليه السلام ذكره بكلمة او فانه قال الحج عرفة فمن وقف
بعرفة ساعة من ليل او نهار فقد تم حجه وهي كلمة التخيير وقال مالك رح لا يجزيه الا ان يقف
في اليوم وجزء من الليل ولكن الحجة عليه ما رويناه ومن اجتاز بعرفات نائما او مغمى عليه او لا يعلم
انها عرفات جاز عن الوقوف لان ما هو الركن قد وجد وهو الوقوف ولا يمتنع ذلك بالاغماء
والنوم كركن الصوم بخلاف الصلوة لانها لا تبقى مع الاغماء والجهل يخل بالنية وهي ليست
بشرط لكل ركن ومن اغمي عليه فاهل عنه رفقاؤه جاز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز
ولو امر انسانا بان يحرم عنه اذا اغمي عليه او نام فاحرم المأمور عنه صح بالاجماع حتى
اذا افاق او استيقظ واتى بافعال الحج جاز لهما انه لم يحرم بنفسه ولا اذن
لغيره به وهذا لانه لم يصرح بالاذن والدلالة تتوقف على العلم وجواز الاذن به
لا يعرفه كثير من الفقهاء فكيف يعرفه العوام بخلاف ما اذا امر غيره بذلك صريحا
وله انه لما عاقدهم عقد الرفقة فقد استعان بكل واحد منهم فيما يعجز عن مباشرته
بنفسه والاحرام هو المقصود بهذا السفر فكان الاذن به ثابتا دلالة والعلم ثابت
نظرا الى الدليل والحكم يدار عليه قال والمراة في جميع ذلك كالرجل لانها مخاطبة
كالرجل غير انها لا تكشف راسها لانه عورة وتكشف وجهها لقوله عم احرام المرأة
في وجهها ولو سدلت شيئا على وجهها وجافته عنه جاز هكذا روي عن عائشة رض
ولانه بمنزلة الاستظلال بالمحمل ولا ترفع صوتها بالتلبية احترازا عن الفتنة
ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين لانه مخل بستر العورة ولا تحلق ولكن تقصر
لما روي انه عم نهى النساء عن الحلق وامرهن بالتقصير ولان حلق الشعر في حقها
مثلة كحلق اللحية في حق الرجل وتلبس من المخيط ما بدا لها لان في لبس غير المخيط كشف
العورة قالوا ولا تستلم الحجر اذا كان هناك جمع لانها ممنوعة عن مماسة الرجال الا ان تجد
الموضع خاليا قال ومن قلد بدنة تطوعا او نذرا او جزاء صيد او شيئا من الاشياء
وتوجه معها يريد الحج فقد احرم لقوله عم من قلد بدنة فقد احرم لان سوق
الهدي في معنى التلبية في اظهار الاجابة لانه لا يفعله الا من يريد الحج او العمرة
واظهار الاجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول فيصير به محرما لاتصال النية
بفعل هو من خصائص الاحرام وصفة التقليد ان يربط على عنق بدنته قطعة
نعل او عروة مزادة او لحاء شجرة فان قلدها وبعث بها ولم يسقها لم يصر محرما لما روي
عن عائشة رض انها قالت كنت افتل قلائد هدي رسول الله عم فبعث بها واقام في اهله

حلها فإن توجه بعد ذلك لم يصر محرماً حتى يلحقها لأن عند التوجه إذا لم يكن بين يديه
هدي يسوقه لم يوجد منه إلا مجرد النية وبمجرد النية لا يصير محرماً فإذا أدركها وساقها
أو أدركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الإحرام فيصير محرماً كما لو ساقها في
الابتداء قال إلا في بدنة المتعة فإنه محرم حين توجه معناه إذا نوى الإحرام وهذا استحسان
ووجه القياس فيه ما ذكرنا ووجه الاستحسان أن هذا الهدي مشروع على الابتداء
من مناسك الحج وضعاً لأنه يختص بمكة ويجب شكراً للجمع بين أداء النسكين وغيره قد يجب
بالجناية وإن لم يصل إلى مكة فلهذا اكتفى فيه بالتوجه وفي غيره توقف على حقيقة الفعل
فإن جلل بدنة أو أشعرها أو قلد شاة لم يكن محرماً لأن التجليل لدفع الحر والبرد والذباب فلم يكن
من خصائص الحج والإشعار مكروه عند أبي حنيفة رحمه الله فلا يكون من النسك في شيء وعندهما
وإن كان حسناً فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد لأنه يختص بالهدي وتقليد الشاة غير معتاد
وليس بسنة أيضاً قال والبدن من الإبل والبقر وقال الشافعي رحمه الله من الإبل خاصة لقوله عليه السلام
في حديث الجمعة فالمتعجل منهم كالمهدي بدنة والذي يليه كالمهدي بقرة فصل بينهما
ولنا أن البدنة تنبئ عن البدانة وهي الضخامة وقد اشتركا في هذا المعنى ولهذا يجزي
كل واحد منهما عن سبعة والصحيح من الرواية في الحديث كالمهدي جزوراً والله أعلم

باب القران

القران أفضل من التمتع والإفراد وقال الشافعي رحمه الله الإفراد أفضل وقال مالك التمتع أفضل
من القران لأن له ذكراً في القرآن قال الله تعالى فمن تمتع بالعمرة إلى الحج الآية
ولا ذكر للقران فيه وللشافعي قوله عليه السلام القران رخصة ولأن في الإفراد زيادة التلبية
والسفر والحلق ولنا قوله عليه السلام يا آل محمد أهلوا بحجة وعمرة معاً ولأن فيه جمعاً بين العبادتين
فأشبه الصوم مع الاعتكاف والحراسة في سبيل الله تعالى مع صلاة الليل والتلبية غير محصورة
والسفر غير مقصود والحلق خروج عن العبادة فلا ترجيح لما ذكر والمقصود بما روي
نفي قول أهل الجاهلية إن العمرة في أشهر الحج من أفجر الفجور وللقران ذكر في القرآن
لأن المراد من قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله أن يحرم بهما من دويرة أهله على ما روينا
من قبل ثم فيه تعجيل الإحرام واستدامته من الميقات إلى أن يفرغ منهما ولا كذلك
التمتع فكان القران أولى منه وقيل الاختلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله بناء على أن القارن
عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين وعنده طوافاً واحداً وسعياً واحداً قال
وصفة القران أن يهل بالعمرة والحج معاً من الميقات ويقول عقيب الصلاة اللهم إني أريد
الحج والعمرة فيسرهما لي وتقبلهما مني لأن القران هو الجمع بين الحج والعمرة من قولك قرنت
الشيء بالشيء إذا جمعت بينهما وكذا إذا أدخل حجة على عمرة قبل أن يطوف لها أربعة

أشواط لأن الجمع قد تحقق إذ الأكثر قائم مقام الكل ويتحقق عزم على أدائهما فيسأل الله تعالى
التيسير فيهما ويقدم العمرة على الحج فيه وكذلك يقول لبيك بعمرة وحجة معاً لأنه يبدأ بأفعال
العمرة فكذلك يبدأ بذكرها وإن أخر ذكرها في الإهلال والتلبية فلا بأس به لأن الواو للجمع ولو نوى
بقلبه ولم يذكرهما في التلبية أجزأه اعتباراً بالصلاة فإذا دخل مكة ابتدأ وطاف بالبيت سبعة
أشواط يرمل في الثلاث الأول منها ويسعى بعدها بين الصفا والمروة وهذه أفعال العمرة
ثم يبتدئ بأفعال الحج فيطوف طواف القدوم سبعة أشواط ويسعى كما بينا في المفرد ويقدم
أفعال العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة إلى الحج والقران في معنى المتعة ولا يحلق بين
العمرة والحج لأن ذلك جناية على إحرام الحج وإنما يحلق في يوم النحر كما يحلق المفرد ويتحلل بالحلق
عندنا لا بالذبح كما يتحلل المفرد ثم هذا مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله يطوف طوافاً واحداً
ويسعى سعياً واحداً لقوله عليه السلام دخلت العمرة في الحج إلى يوم القيامة ولأن مبنى القران
على التداخل حتى اكتفى فيه بتلبية واحدة وبسفر واحد وحلق واحد فكذلك في الأركان ولنا
أنه لما طاف صبي بن معبد طوافين وسعى سعيين قال له عمر رضي الله عنه هديت لسنة نبيك ولأن
القران ضم عبادة إلى عبادة وذلك إنما يتحقق بأداء عمل كل واحد على الكمال ولأنه لا تداخل
في العبادات والسفر للتوسل والتلبية للتحريم والحلق للتحلل فليست هذه الأشياء بمقاصد بخلاف
الأركان ألا ترى أن شفعي التطوع لا يتأديان بتحريمة واحدة ومعنى ما رواه
دخل وقت العمرة في وقت الحج قال فإن طاف طوافين لعمرته وحجته وسعى سعيين يجزيه لأنه
أتى بما هو المستحق عليه وقد أساء بتأخير سعي العمرة وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه
شيء أما عندهما فظاهر لأن التقديم والتأخير في المناسك لا يوجب الدم عندهما وعنده
طواف التحية سنة وتركه لا يوجب الدم فتقديمه أولى والسعي بتأخيره بالاشتغال
بعمل آخر لا يوجب الدم فكذا بالاشتغال بالطواف قال وإذا رمى الجمرة يوم النحر ذبح شاة أو
بقرة أو بدنة أو سبع بدنة فهذا دم القران لأنه في معنى المتعة والهدي منصوص عليه
فيها والهدي من الإبل والبقر والغنم على ما نذكر في بابه إن شاء الله تعالى وأراد بالبدنة
ههنا البعير وإن كان اسم البدنة يقع عليه وعلى البقر على ما ذكرنا وكما يجوز سبع البعير
يجوز سبع البقرة فإن لم يكن له ما يذبح صام ثلاثة أيام في الحج آخرها يوم عرفة وسبعة
أيام إذا رجع إلى أهله لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام في الحج وسبعة إذا رجعتم
تلك عشرة كاملة فالنص وإن ورد في التمتع فالقران مثله لأنه مرتفق بأداء
النسكين والمراد بالحج والله أعلم وقته لأن نفسه لا يصلح ظرفاً إلا أن الأفضل أن يصوم
قبل يوم التروية ويوم عرفة لأن الصوم بدل عن الهدي فيستحب تأخيره إلى آخر وقته
رجاء أن يقدر على الأصل وإن صامها بمكة بعد فراغه من الحج جاز ومعناه بعد مضي

ايام التشريق لان الصوم فيها منهي عنه وقال الشافعي لا يجوز لانه معلق بالرجوع الا ان
ينوي المقام فحينئذ يجزيه لتعذر الرجوع ولنا ان معناه رجعتم من الحج اي فرغتم اذ الفراغ
سبب الرجوع الى اهله فكان الاداء بعد السبب فيجوز فان فاته الصوم حتى اتى يوم النحر
لم يجزه الا الدم وقال الشافعي رح يصوم بعد هذه الايام لانه صوم موقت فيقضى وقال مالك رح
يصوم فيها لقوله تعالى في الحج وهذا وقته ولنا النهي المشهور عن الصوم في هذه الايام
فيتقيد به النص او يدخله النقص فلا يتادى به ما وجب كاملا ولا يؤدي بعدها
لان الصوم بدل والابدال لا تنصب الا شرعا والنص خصه بوقت الحج وجواز الدم على
الاصل وعن عمر رض انه امر في مثله بذبح الشاة فلو لم يقدر على الهدي يتحلل وعليه دمان
دم التمتع ودم التحلل قبل الهدي فان لم يدخل القارن مكة وتوجه الى عرفات فقد صار رافضا
لعمرته بالوقوف لانه تعذر عليه اداؤها لانه يصير بانيا افعال العمرة على افعال الحج
وذلك خلاف المشروع ولا يصير رافضا بمجرد التوجه هو الصحيح من مذهب ابي حنيفة
ايضا والفرق له بينه وبين مصلي الظهر يوم الجمعة اذا توجه اليها ان الامر هنالك
بالتوجه متوجه بعد اداء الظهر والتوجه في القران والتمتع منهي عنه قبل اداء العمرة
فافترقا قال وسقط عنه دم القران لانه لما ارتفضت العمرة لم يرتفق لاداء النسكين
وعليه دم لرفضها وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها فاشبه المحصر والله اعلم بالصواب

باب التمتع

التمتع افضل من الافراد وعن ابي حنيفة رح ان الافراد افضل لان المتمتع سفره واقع للعمرة
والمفرد سفره واقع للحجة وجه ظاهر الرواية ان في التمتع جمعا بين العبادتين فاشبه
القران ثم فيه زيادة نسك وهو اراقة الدم وسفره واقع لحجته وان تخللت العمرة بينهما
لانها تبع للحج كتخلل السنة بين الجمعة والسعي اليها والمتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدي
ومتمتع لا يسوق الهدي ومعنى التمتع الترفق باداء النسكين في سفر واحد من غير ان يلم
باهله بينهما المامًا صحيحا ويدخله اختلافات نبينها ان شاء الله تعالى وصفته ان
يبتدي من الميقات في اشهر الحج فيحرم بالعمرة ويدخل مكة فيطوف لها ويسعى ويحلق او
يقصر وقد حل من عمرته وهذا هو تفسير العمرة وكذلك اذا اراد ان يفرد بالعمرة فعل ما ذكرنا
هكذا فعل النبي عم في عمرة القضاء وقال مالك رح لا حلق عليه انما العمرة الطواف والسعي
وحجتنا عليه ما روينا وقوله تعالى محلقين رؤسكم الاية نزلت في عمرة القضاء
ولانها لما كان لها تحرم بالتلبية كان لها تحلل بالحلق كالحج ويقطع التلبية اذا ابتدأ
بالطواف وقال مالك رح كما وقع بصره على البيت لان العمرة زيارة البيت وتتم به ولنا
ان النبي عم في عمرة القضاء قطع التلبية حين استلم الحجر ولان المقصود هو الطواف

فيقطعها عند افتتاحه ولهذا يقطعها الحاج عند افتتاح الرمي قال ويقيم بمكة حلالا لانه
حل من العمرة فاذا كان قبل يوم التروية احرم بالحج من المسجد والشرط ان يحرم من الحرم اما المسجد
فليس بلازم وهذا لانه في معنى المكي وميقات المكي في الحج الحرم على ما بينا وفعل ما يفعل الحاج
المفرد لانه مؤد للحج الا انه يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لان هذا اول طواف له
في الحج بخلاف المفرد لانه قد سعى مرة ولو كان هذا المتمتع بعد ما احرم بالحج طاف وسعى قبل ان يروح
الى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لانه قد اتى بذلك مرة وعليه دم التمتع للنص
الذي تلوناه فان لم يجد صام ثلاثة ايام في الحج وسبعة اذا رجع على الوجه الذي بينا في
القران فان صام ثلاثة ايام من شوال ثم اعتمر لم يجزه عن الثلاثة لان سبب وجوب هذا
الصوم التمتع لانه بدل عن الهدي وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز اداؤه قبل وجود
سببه وان صامها بعد ما احرم بالعمرة قبل ان يطوف جاز عندنا خلافا للشافعي رح له
قوله تعالى فصيام ثلاثة ايام في الحج ولنا انه اداء بعد انعقاد سببه والمراد بالحج المذكور
في النص وقته على ما بيناه والافضل تاخيرها الى اخر وقتها وهو يوم عرفة لما بينا في
القران وان اراد المتمتع ان يسوق الهدي احرم وساق هديه وهذا افضل لان النبي عم ساق
الهدي مع نفسه ولان فيه استعدادا ومسارعة فان كانت بدنة قلدها بمزادة او نعل
لما ذكرنا في الكتاب ولانه للاعلام والتجليل للزينة ويلبي ثم يقلد لانه يصير محرما بتقليد الهدي
والتوجه معه على ما سبق والاولى ان يعقد الاحرام بالتلبية ويسوق الهدي وهو افضل من ان
يقودها لانه عم احرم بذي الحليفة وهداياه تساق بين يديه ولانه ابلغ في التشهير
الا اذا كانت لا تنقاد فحينئذ يقودها قال واشعر البدنة عند ابي يوسف ومحمد رح ولا يشعر
عند ابي حنيفة رح ويكره والاشعار هو الادماء بالجرح لغة وصفته ان يشق سنامها
بان يطعن في اسفل السنام من الجانب الايمن قالوا والاشبه هو الايسر لان النبي عم طعن
في جانب اليسار مقصودا وفي جانب الايمن اتفاقا ويلطخ سنامها بالدم اعلاما وهذا
الصنيع مكروه عند ابي حنيفة رح وعندهما حسن وقال الشافعي سنة لانه مروي عن
رسول الله عم وعن الخلفاء الراشدين ولهما ان المقصود من التقليد ان لا يهاج اذا ورد ماء
او كلأ او يرد اذا ضل وانه في الاشعار اتم لانه الزم فمن هذا الوجه يكون سنة الا انه عارضه
جهة كونه مثلة فقلنا بحسنه ولابي حنيفة رح انه مثلة وانه منهي عنه ولو وقع التعارض
فالترجيح للمحرم واشعار النبي عم كان لصيانة الهدي لان المشركين لا يمتنعون عن تعرضه الا به
وقيل ان ابا حنيفة رح كره اشعار اهل زمانه لمبالغتهم فيه على وجه يخاف منه السراية
وقيل انما كره ايثاره على التقليد قال فاذا دخل مكة طاف وسعى وهذا للعمرة لما بينا
في متمتع لا يسوق الهدي الا انه لا يتحلل حتى يحرم بالحج يوم التروية لقوله عم لو استقبلت

لو استقبلت من أمري ما استدبرت لما سقت الهدي ولجعلتها عمرة وتحللت منها وهذا ينفي
التحلل عند سوق الهدي ويحرم بالحج يوم التروية كما يحرم أهل مكة على ما بيناه وإن قدم
الإحرام قبله جاز وما عجل المتمتع من الإحرام بالحج فهو أفضل لما فيه من المسارعة وزيادة
المشقة وهذه الأفضلية في حق من ساق الهدي وفي حق من لم يسق الهدي وعليه دم وهو
دم التمتع على ما بيناه وإذا حلق يوم النحر فقد حل من الإحرامين لأن الحلق محلل في الحج
كالسلام في الصلاة فيتحلل به عنهما وليس لأهل مكة تمتع ولا قران وإنما لهم الإفراد
خاصة خلافا للشافعي والحجة عليه قوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضري المسجد الحرام
ولأن شرعهما للترفه بإسقاط أحد السفرتين وهذا في حق الآفاقي ومن كان داخل
المواقيت فهو بمنزلة المكي حتى لا يكون له تمتع ولا قران بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة
وقرن حيث يصح لأن عمرته وحجته ميقاتيتان فصار بمنزلة الآفاقي وإذا عاد المتمتع
إلى بلده بعد فراغه من العمرة ولم يكن ساق الهدي بطل تمتعه لأنه ألم بأهله فيما بين
النسكين إلماما صحيحا وبذلك يبطل التمتع كذا روي عن عدة من التابعين وإذا
ساق الهدي فالإلمام لا يكون صحيحا ولا يبطل تمتعه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رح يبطل تمتعه لأنه أداهما بسفرين وله أن العود مستحق عليه ما دام على نية التمتع
لأن السوق يمنعه من التحلل فلم يصح إلمامه بخلاف المكي إذا خرج إلى الكوفة وأحرم بعمرة
وساق الهدي حيث لم يكن متمتعا لأن العود هناك غير مستحق عليه فصح إلمامه بأهله
ومن أحرم بعمرة قبل أشهر الحج فطاف لها أقل من أربعة أشواط ثم دخلت أشهر الحج فتممها
وأحرم بالحج كان متمتعا لأن الإحرام عندنا شرط فيصح تقديمه على أشهر الحج وإنما يعتبر
أداء الأفعال فيها وقد وجد الأكثر وللأكثر حكم الكل وإن طاف لعمرته قبل أشهر الحج
أربعة أشواط فصاعدا ثم حج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لأنه أدى الأكثر قبل
أشهر الحج وهذا لأنه صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع فصار كما إذا تحلل منها قبل
أشهر الحج ومالك رح يعتبر الإتمام في أشهر الحج والحجة عليه ما ذكرنا وأن الترفق
بأداء الأفعال والمتمتع مترفق بأداء النسكين في سفرة واحدة في أشهر الحج
وأشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة هكذا روي عن العبادلة
الثلاثة وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهم ولأن الحج يفوت بمضي عشر ذي الحجة ومع بقاء الوقت
لا يتحقق الفوات وهذا يدل على أن المراد من قوله تعالى الحج أشهر معلومات شهران وبعض
الثالث لا كله فإن قدم الإحرام بالحج عليها جاز إحرامه وانعقد حجا خلافا للشافعي رح
فإن عنده يصير محرما بالعمرة لأنه ركن وهو شرط عندنا فأشبه الطهارة في جواز
التقديم على الوقت ولأن الإحرام تحريم أشياء وإيجاب أشياء وذلك يصح في كل زمان

زمان فصار كالتقديم على المكان وإذا قدم الكوفي بعمرة في أشهر الحج وفرغ منها وقصر ثم
اتخذ مكة أو البصرة دارا وحج من عامه ذلك فهو متمتع أما الأول فلأنه ترفق بنسكين
في سفر واحد في أشهر الحج وأما الثاني فقد قيل هو بالاتفاق وقيل هو قول أبي حنيفة
وعندهما يكون متمتعا لأن المتمتع من يكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ونسكاه ميقاتيان
وله أن السفرة الأولى قائمة ما لم يعد إلى وطنه وقد اجتمع له نسكان فيها فوجب دم
التمتع فإن قدم بعمرة وأفسدها وفرغ منها وقصر ثم اتخذ البصرة دارا ثم اعتمر
في أشهر الحج وحج من عامه ذلك لم يكن متمتعا عند أبي حنيفة رح وقالا هو متمتع لأنه
إنشاء سفر وقد ترفق فيه بنسكين وله أنه باق على سفره ما لم يرجع إلى وطنه
فإن كان رجع إلى أهله ثم اعتمر في أشهر الحج وحج من عامه ذلك يكون متمتعا بالاتفاق
لأن عمرته مكية والسفر الأول قد انتهى بالعمرة الفاسدة ولا تمتع لأهل مكة ومن اعتمر
في أشهر الحج وحج من عامه فأيهما أفسد مضى فيه لأنه لا يمكنه الخروج عن عهدة
الإحرام إلا بأداء الأفعال وسقط دم المتعة لأنه لم يترفق بأداء نسكين صحيحين
في سفرة واحدة وإذا تمتعت المرأة فضحت بشاة لم يجزها عن المتعة لأنها أتت
بغير الواجب وكذا الجواب في الرجل وإذا حاضت المرأة عند الإحرام اغتسلت
وأحرمت وصنعت كما يصنعه الحاج إلا أنها لا تطوف بالبيت حتى تطهر لحديث عائشة
حين حاضت بسرف ولأن الطواف في المسجد والوقوف في المفازة وهذا الاغتسال
للإحرام لا للصلاة فيكون مفيدا وإذا حاضت بعد الوقوف وطواف الزيارة انصرفت
من مكة ولا شيء عليها لترك طواف الصدر لأنه عليه السلام رخص للنساء الحيض في ترك طواف
الصدر ومن اتخذ مكة دارا فليس عليه طواف الصدر لأنه على من يصدر إلا إذا اتخذها
دارا بعد ما حل النفر الأول فيما يروى عن أبي حنيفة رح ويرويه البعض عن محمد رح لأنه وجب
عليه بدخول وقته فلا يسقط بنية الإقامة بعد ذلك والله تعالى أعلم بالصواب

باب الجنايات

وإذا تطيب المحرم فعليه الكفارة فإن طيب عضوا كاملا فما زاد فعليه دم وذلك مثل الرأس و
الساق والفخذ وما أشبه ذلك لأن الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك في العضو الكامل
فيترتب عليه كمال الموجب وإن طيب أقل من عضو فعليه الصدقة لقصور الجناية وقال
محمد رح يجب بقدره من الدم اعتبارا للجزء بالكل وفي المنتقى أنه إذا طيب ربع عضو
فعليه دم اعتبارا بالحلق ونحن نذكر الفرق بينهما من بعد إن شاء الله تعالى ثم واجب الدم
يتأدى بشاة في جميع المواضع إلا في موضعين نذكرهما في باب الهدي إن شاء الله تعالى
وكل صدقة في الإحرام غير مقدرة فهي نصف صاع من بر إلا ما يجب بقتل القملة والجرادة

والحناء هكذا روي عن ابي يوسف رح وان خضب رأسه بحناء فعليه دم لانه طيب قال عليه السلام الحناء
طيب وان صار ملبدًا فعليه دمان دم للتطيب ودم للتغطية ولو خضب رأسه بالوسمة لا شيء عليه
لانه ليس بطيب وعن ابي يوسف انه اذا خضب رأسه بالوسمة لاجل المعالجة من الصداع فعليه الجزاء
باعتبار انه يغلف رأسه وهذا صحيح ثم ذكر في الاصل رأسه ولحيته واقتصر على ذكر الرأس في
الجامع الصغير والحاصل ان كل واحد منهما مضمون فان ادهن بزيت فعليه دم عند ابي حنيفة رح
وقالا عليه صدقة وقال الشافعي رح ان استعمله في الشعر فعليه دم لانه ازالة الشعث
وان استعمله في غيره فلا شيء عليه لانعدامه ولهما انه من الاطعمة الا ان فيه ارتفاقًا بمعنى
قتل الهوام وازالة الشعث فكانت جناية قاصرة ولابي حنيفة رح انه اصل الطيب
ولا يخلو عن نوع طيب ويقتل الهوام ويلين الشعر ويزيل الشعث والتفث فيتكامل الجناية
بهذه الجملة فيوجب الدم وكونه مطعومًا لا ينافيه كالزعفران وهذا الخلاف في الزيت
البحت والخل البحت اما المطيب منه كالبنفسج والزنبق وما اشبههما يجب باستعماله الدم بالاتفاق
لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب ولو داوى به جرحه او شقوق رجليه فلا كفارة
عليه لانه ليس بطيب في نفسه انما هو اصل الطيب او طيب من وجه فيشترط استعماله على وجه
التطيب بخلاف ما اذا تداوى بالمسك وما اشبهه وان لبس ثوبًا مخيطًا او غطى رأسه يومًا
كاملا فعليه دم وان كان اقل من ذلك فعليه صدقة وعن ابي يوسف رح اذا لبس اكثر من نصف يوم
فعليه دم وهو قول ابي حنيفة رح اولا وقال الشافعي رح يجب الدم بنفس اللبس لان الارتفاق
يتكامل بالاشتمال على بدنه ولنا ان معنى الترفق مقصود من اللبس فلا بد من اعتبار المدة
ليحصل على الكمال ويجب الدم فقدرناه باليوم لانه يلبس فيه ثم ينزع عادة وتتقاصر دونه
الجناية فيجب الصدقة غير ان ابا يوسف رح اقام الاكثر مقام الكل ولو ارتدى بالقميص
او اتشح به او ائتزر بالسراويل فلا بأس به لانه لم يلبسه لبس المخيط وكذا لو ادخل منكبيه
في القباء ولم يدخل يديه في الكمين خلافا لزفر رح لانه ما لبسه لبس القباء ولهذا يتكلف
في حفظه والتقدير في تغطية الرأس من حيث الوقت ما بيناه والخلاف فيه اذا غطى جميع
رأسه يومًا كاملا يجب عليه الدم لانه ممنوع عنه ولو غطى بعض رأسه فالمروي عن ابي حنيفة
انه اعتبر الربع اعتبارا بالحلق والعورة وهذا لان ستر البعض استمتاع مقصود
يعتاده بعض الناس وعن ابي يوسف رح انه يعتبر اكثر الرأس اعتبارا للحقيقة واذا
حلق ربع رأسه او ربع لحيته فصاعدا فعليه دم وان كان اقل من الربع فعليه صدقة
وقال مالك رح لا يجب الا بحلق الكل وقال الشافعي رح يجب بحلق القليل اعتبارا بنبات
الحرم ولنا ان حلق بعض الرأس ارتفاق كامل لانه معتاد فيتكامل به الجناية ويتقاصر فيما دونه
بخلاف تطييب ربع العضو لانه غير مقصود وكذا حلق بعض اللحية معتاد بالعراق وارض

العرب وان حلق الرقبة كلها فعليه دم لانه عضو مقصود بالحلق وان حلق الابطين
او احدهما فعليه دم لان كل واحد منهما مقصود بالحلق لدفع الاذى ونيل الراحة فاشبه
العانة ذكر في الابطين الحلق هاهنا وفي الاصل النتف وهو السنة وقال ابو يوسف ومحمد رح
اذا حلق عضوا فعليه دم وان كان اقل فطعام اراد به الصدر والساق وما اشبه ذلك
لانه مقصود بطريق التنور فتكامل الجناية بحلق كله وتتقاصر عند حلق بعضه وان اخذ
من شاربه فعليه طعام حكومة عدل ومعناه انه ينظر ان هذا المأخوذ كم يكون من ربع اللحية
فيجب عليه الطعام بحسب ذلك حتى لو كان مثلا مثل ربع الربع تلزمه قيمة ربع الشاة ولفظة
الاخذ من الشارب تدل على انه هو السنة فيه دون الحلق والسنة ان يقص الشارب حتى
يوازي الاطار وان حلق موضع المحاجم فعليه دم عند ابي حنيفة وقالا عليه صدقة لانه
انما يحلق لاجل الحجامة وهي ليست من المحظورات فكذا ما يكون وسيلة اليها الا ان فيه ازالة شيء
من التفث فتجب الصدقة ولابي حنيفة رح ان حلقه مقصود لانه لا يتوسل الى المقصود الا به
وقد وجد ازالة التفث عن عضو كامل فيجب الدم وان حلق رأس محرم بامره او بغير امره فعلى
الحالق الصدقة وعلى المحلوق دم وقال الشافعي رح لا يجب اذا كان بغير امره بان كان نائما
لان من اصله ان الاكراه يخرج المكره من ان يكون مؤاخذا بحكم الفعل والنوم ابلغ منه وعندنا
بسبب النوم والاكراه ينتفي المأثم دون الحكم وقد تقرر سببه وهو ما نال من الراحة والزينة
فيلزمه الدم حتما بخلاف المضطر حيث يتخير لان الآفة هناك سماوية وهنا من العباد
ثم لا يرجع المحلوق رأسه على الحالق لان الدم انما لزمه بما نال من الراحة فصار كالمغرور في
حق العقر وكذا اذا كان الحالق حلالا لا يختلف الجواب في حق المحلوق رأسه واما الحالق
فتلزمه الصدقة في مسئلتنا في الوجهين وقال الشافعي رح لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف
اذا حلق المحرم رأس حلال له ان معنى الارتفاق لا يتحقق بحلق شعر غيره وهو الموجب ولنا
ان ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات الاحرام لاستحقاقه الامان بمنزلة نبات الحرم فلا يفترق
الحال بين شعره وشعر غيره الا ان كمال الجناية في شعره فان اخذ من شارب حلال او قلم
اظافيره اطعم ما شاء والوجه فيه ما بيناه ولا يعرى عن نوع ارتفاق لانه يتأذى بتفث
غيره وان كان اقل من التأذي بتفث نفسه فيلزمه الطعام وان قص اظافير يديه ورجليه
فعليه دم لانه من المحظورات لما فيه من قضاء التفث وازالة ما ينمو من البدن فاذا قلمها كلها
فهو ارتفاق كامل فيلزمه الدم فلا يزاد على دم ان حصل في مجلس واحد لان الجناية من نوع
واحد وان كان في مجالس فكذلك عند محمد رح لان مبناها على التداخل فاشبه كفارة
الفطر الا اذا تخللت الكفارة لارتفاع الاول بالتكفير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رح
يجب اربعة دماء ان قلم في كل مجلس يدا او رجلا لان الغالب فيه معنى العبادة فيتقيد

التداخل باتحاد المجلس كما في آية السجدة وإن قص يدا أو رجلا فعليه دم إقامة للربع مقام
الكل كما في الحلق وإن قص أقل من خمسة أظافير فعليه صدقة ومعناه لكل ظفر صدقة وقال
زفر رح يجب الدم بقص ثلثة منها وهو قول أبي حنيفة رح أولا لأن في أظافير اليد الواحدة الدم
والثلث أكثرها وجه المذكور في الكتاب أن أظافير كف واحد أقل ما يجب الدم بقلمه وقد
أقمناها مقام الكل فلا يقام أكثرها مقام كلها لأنه يؤدي إلى ما لا يتناهى وإن قص خمسة
أظافير متفرقة من يديه ورجليه فعليه صدقة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد رح عليه
دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد وبما إذا حلق ربع الرأس من مواضع متفرقة ولهما
أن كمال الجناية بنيل الراحة والزينة والقلم على هذا الوجه يتأذى به ويشينه ذلك
بخلاف الحلق لأنه معتاد على ما مر وإذا تقاصرت الجناية تجب فيها الصدقة فيجب بقلم
كل ظفر طعام مسكين وكذا لو قلم أكثر من خمسة متفرقا إلا أن يبلغ ذلك دما فحينئذ ينقص
عنه ما شاء وإن انكسر ظفر المحرم فتعلق فأخذه فلا شيء عليه لأنه لا ينمو بعد الانكسار فأشبه
اليابس من شجر الحرم وإن تطيب أو لبس أو حلق من عذر فهو مخير إن شاء ذبح شاة وإن
شاء تصدق على ستة مساكين بثلثة أصوع من الطعام وإن شاء صام ثلثة أيام لقوله تعالى
ففدية من صيام أو صدقة أو نسك وكلمة أو للتخيير وقد فسرها رسول الله عم بما ذكرنا
والآية نزلت في المعذور ثم الصوم يجزيه في أي موضع شاء لأنه عبادة في كل مكان
وكذا الصدقة عندنا لما بينا وأما النسك فيختص بالحرم بالاتفاق لأن الإراقة لم تعرف قربة
إلا في زمان أو مكان وهذا الدم لا يختص بزمان فتعين اختصاصه بالمكان ولو اختار الطعام أجزأه فيه
التغدية والتعشية عند أبي يوسف رح اعتبارا بكفارة اليمين وعند محمد رح لا يجزيه لأن الصدقة
تنبئ عن التمليك وهو المذكور **فصل** فإن نظر إلى فرج امرأته بشهوة فأمنى لا شيء عليه
لأن المحرم عليه هو الجماع ولم يوجد فصار كما إذا تفكر فأمنى فإن قبل أو لمس بشهوة فعليه دم
وفي الجامع الصغير يقول إذا مس بشهوة فأمنى ولا فرق بينهما إذا أنزل أو لم ينزل
ذكره في الأصل وكذا الجواب في الجماع فيما دون الفرج وعن الشافعي رح أنه إنما يفسد إحرامه
في جميع ذلك إذا أنزل واعتبره بالصوم ولنا أن فساد الحج يتعلق بالجماع ولهذا لا يفسد
بسائر المحظورات وهذا ليس بجماع مقصود فلا يتعلق به ما يتعلق بالجماع إلا أن فيه معنى
الاستمتاع والارتفاق بالمرأة وذلك محظور الإحرام فيلزمه الدم بخلاف الصوم لأن
المحرم فيه قضاء الشهوة فلا يحصل بدون الإنزال فيما دون الفرج وإن جامع في أحد السبيلين
قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسد حجه والأصل فيه
ما روي أن النبي عم سئل عمن واقع امرأته وهما محرمان بالحج قال يريقان دما ويمضيان في حجتهما
وعليهما الحج من قابل وهكذا نقل عن جماعة من الصحابة رض وقال الشافعي رح يجب بدنة اعتبارا

بما لو جامع بعد الوقوف بعرفة والحجة عليه إطلاق ما روينا ولأن القضاء لما وجب عليه ولا قضاء
إلا لاستدراك المصلحة خف معنى الجناية فيكتفى بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف لأنه لا قضاء
ثم سوى بين السبيلين وعن أبي حنيفة رح أن في غير القبل منهما لا يفسد لتقاصر معنى الوطي
فكان عنه روايتان وليس عليه أن يفارق امرأته في قضاء ما أفسداه عندنا خلافا لمالك رح إذا خرجا
من بيتهما ولزفر رح إذا أحرما وللشافعي رح إذا انتهى إلى المكان الذي جامعها فيه لأنهما يتذاكران
ذلك فيقعان في المواقعة فيتفرقان ولنا أن الجامع بينهما وهو النكاح قائم فلا معنى للافتراق
قبل الإحرام لإباحة الوقاع ولا بعده لأنهما يتذاكران ما لحقهما من المشقة الشديدة بسبب لذة
يسيرة فيزدادان ندما وتحرزا فلا معنى للافتراق ومن جامع بعد الوقوف بعرفة لم يفسد
حجه وعليه بدنة خلافا للشافعي رح فيما إذا جامع قبل الرمي لقوله عم من وقف بعرفة فقد
تم حجه وإنما تجب البدنة لقول ابن عباس رض أو لأنه أعلى أنواع الارتفاقات فيتغلظ موجبه
وإن جامع بعد الحلق فعليه شاة لبقاء إحرامه في حق النساء دون لبس المخيط وما أشبهه
فخفت الجناية فاكتفى بالشاة ومن جامع في العمرة قبل أن يطوف أربعة أشواط فسدت عمرته
فيمضي فيها ويقضيها وعليه شاة وإن جامع بعد ما طاف أربعة أشواط أو أكثر فعليه شاة ولا تفسد
عمرته وقال الشافعي رح تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج إذ هي فرض عنده كالحج
ولنا أنها سنة فكانت أحط رتبة منه فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج إظهارا للتفاوت
ومن جامع ناسيا كان كمن جامع متعمدا وقال الشافعي رح جماع الناسي غير مفسد للحج
وكذا الخلاف في جماع النائمة والمكرهة هو يقول الحظر ينعدم بهذه العوارض فلم يقع
الفعل جناية ولنا أن الفساد باعتبار معنى الارتفاق في الإحرام ارتفاقا مخصوصا
وهذا لا ينعدم بهذه العوارض والحج فيه ليس في معنى الصوم لأن حالات الإحرام مذكرة
بمنزلة حالات الصلاة بخلاف الصوم **فصل** ومن طاف طواف القدوم محدثا
فعليه صدقة وقال الشافعي رح لا يعتد به لقوله عم الطواف صلاة إلا أن الله تعالى
أباح فيه المنطق فتكون الطهارة من شرطه ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق
من غير قيد الطهارة فلم تكن فرضا ثم قيل هي سنة والأصح أنها واجبة لأنه يجب بتركها
الجابر ولأن الخبر يوجب العمل فيثبت به الوجوب فإذا شرع في هذا الطواف وهو سنة
يصير واجبا بالشروع ويدخله نقص بترك الطهارة فيجبر بالصدقة إظهارا لدنو رتبته
عن الواجب بإيجاب الله تعالى وهو طواف الزيارة وكذا الحكم في كل طواف هو تطوع
ولو طاف طواف الزيارة محدثا فعليه شاة لأنه أدخل النقص في الركن فكان أفحش من الأول
فيجبر بالدم وإن كان جنبا فعليه بدنة كذا روي عن ابن عباس رض ولأن الجنابة أغلظ
من الحدث فيجب جبر نقصانها بالبدنة إظهارا للتفاوت وكذا إن طاف أكثره جنبا أو محدثا

لان الركن الذي به التحلل الافضل ان يعيد الطواف ما دام بمكة ولا ذبح عليه وفي بعض النسخ
وعليه ان يعيد والاصح انه يؤمر بالاعادة وفي الحدث استحبابا وفي الجنابة ايجابا لفحش النقصان
بسبب الجنابة وقصوره بسبب الحدث ثم اذا اعاده وقد طافه محدثا لا ذبح عليه وان اعاده بعد
ايام النحر لان بعد الاعادة لا يبقى الا شبهة النقصان وان اعاده وقد طافه جنبا في ايام النحر
فلا شيء عليه لانه اعاده في وقته وان اعاده بعد ايام النحر لزمه دم عند ابي حنيفة بالتاخير على
ما عرف من مذهبه ولو رجع الى اهله وقد طافه جنبا عليه ان يعود لان النقص كثير فيؤمر
استدراكا له ويعود باحرام جديد وان لم يعد وبعث بدنة اجزأه لما بينا انه جابر له
الا ان الافضل هو العود ولو رجع الى اهله وقد طافه محدثا ان عاد وطاف جاز وان بعث
بالشاة فهو افضل لانه خف معنى النقصان وفيه نفع للفقراء ولو لم يطف طواف الزيارة
اصلا حتى رجع الى اهله فعليه ان يعود بذلك الاحرام لانعدام التحلل منه وهو محرم عن
النساء ابدا حتى يطوف ومن طاف طواف الصدر محدثا فعليه صدقة لانه دون طواف
الزيارة وان كان واجبا فلا بد من اظهار التفاوت وعن ابي حنيفة رح انه يجب شاة الا ان
الاول اصح ولو طافه جنبا فعليه شاة لانه نقص كثير ثم هو دون طواف الزيارة فيكتفي بالشاة
ومن ترك من طواف الزيارة ثلثة اشواط فما دونها فعليه شاة لان النقصان بترك الاقل يسير
فاشبه النقصان بسبب الحدث فيلزمه شاة فلو رجع الى اهله اجزأه ان لا يعود ويبعث شاة
لما بينا ومن ترك اربعة اشواط بقي محرما ابدا حتى يطوفها لان المتروك اكثر فصار كانه
لم يطف اصلا ومن ترك طواف الصدر او اربعة اشواط فعليه شاة لانه ترك الواجب او الاكثر
منه وما دام بمكة يؤمر بالاعادة اقامة للواجب في وقته ومن ترك ثلثة اشواط من طواف الصدر
فعليه الصدقة ومن طاف طواف الواجب في جوف الحجر فان كان بمكة اعاده لان الطواف وراء
الحطيم واجب على ما قدمناه والطواف في جوف الحجر ان يدور حول الكعبة ويدخل الفرجتين
اللتين بينها وبين الحطيم فاذا فعل ذلك فقد دخل نقصا في طوافه فما دام بمكة اعاده
كله ليكون مؤديا للطواف على الوجه المشروع وان اعاده على الحجر خاصة اجزأه
لانه تلافى ما هو المتروك وهو ان ياخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي الى اخره ثم
يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب الاخر هكذا يفعله سبع مرات فان رجع الى اهله
ولم يعده فعليه دم لانه تمكن النقصان في طوافه بترك ما هو قريب من الربع ولا تجزيه
الصدقة ومن طاف طواف الزيارة على غير وضوء وطواف الصدر في اخر ايام
التشريق طاهرا فعليه دم فان طاف طواف الزيارة جنبا فعليه دمان عند ابي حنيفة رح
وقالا عليه دم واحد لان في الوجه الاول لم ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة
لانه واجب واعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب وانما هو مستحب فلا ينقل اليه

وفي الوجه الثاني ينقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه مستحق الاعادة فيصير تاركا
لطواف الصدر مؤخرا لطواف الزيارة عن ايام التشريق فيجب الدم بترك طواف الصدر
بالاتفاق وبتاخير الاخر على الخلاف الا انه يؤمر باعادة طواف الصدر ما دام بمكة ولا يؤمر بعد
الرجوع على ما بينا ومن طاف لعمرته وسعى على غير وضوء وحل فما دام بمكة يعيدهما ولا شيء عليه
اما اعادة الطواف فلتمكن النقص فيه بسبب الحدث واما السعي فلانه تبع للطواف فاذا اعادهما
فلا شيء عليه لارتفاع النقصان وان رجع الى اهله قبل ان يعيد فعليه دم لترك الطهارة فيه
ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل باداء الركن اذ النقصان يسير وليس عليه في السعي شيء لانه اتى به
على اثر طواف معتد به وكذا اذا اعاد الطواف ولم يعد السعي في الصحيح ومن ترك السعي بين الصفا
والمروة فعليه دم وحجه تام لان السعي من الواجبات عندنا فيلزم بتركه الدم دون الفساد ومن
افاض قبل الامام من عرفات فعليه دم وقال الشافعي رح لا شيء عليه لان الركن اصل الوقوف فلا يلزمه
بترك الاطالة شيء ولنا ان الاستدامة الى غروب الشمس واجبة لقوله عم فادفعوا بعد غروب
الشمس فيجب بتركها الدم بخلاف ما اذا وقف ليلا لان استدامة الوقوف على من وقف نهارا
لا ليلا فان عاد الى عرفة بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية لان المتروك لا يصير
مستدركا واختلفوا فيما اذا عاد قبل غروب الشمس ومن ترك الوقوف بالمزدلفة فعليه دم
لانه من الواجبات ومن ترك رمي الجمار في الايام كلها فعليه دم لتحقق ترك الواجب ويكفيه دم
واحد لان الجنس متحد كما في الحلق والترك انما يتحقق بغروب الشمس من اخر ايام الرمي لانه
لم يعرف قربة الا فيها وما دامت الايام باقية فالاعادة ممكنة فيرميها على التاليف ثم
بتاخيرها يجب الدم عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وان ترك رمي يوم واحد فعليه دم لانه نسك تام
ومن ترك رمي احدى الجمار الثلث فعليه الصدقة لان الكل في هذا اليوم نسك واحد فكان
المتروك اقل الا ان يكون المتروك اكثر من النصف فحينئذ يلزمه الدم لوجود ترك الاكثر
وان ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر فعليه دم لانه كل وظيفة هذا اليوم رميا وكذا اذا
ترك الاكثر منها وان ترك منها حصاة او حصاتين او ثلثا تصدق لكل حصاة نصف صاع
الا ان يبلغ دما فينقص ما شاء لان المتروك هو الاقل فتكفيه الصدقة ومن اخر الحلق حتى
مضت ايام النحر فعليه دم عند ابي حنيفة رح وكذا اذا اخر طواف الزيارة وقالا لا شيء عليه
في الوجهين وكذا الخلاف في تاخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي ونحر
القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح لهما ان ما فات مستدرك بالقضاء ولا يجب مع القضاء شيء
اخر وله حديث ابن مسعود رض انه قال من قدم نسكا على نسك فعليه الدم ولان التاخير
عن المكان يوجب الدم فيما هو موقت بالمكان كالاحرام فكذا التاخير عن الزمان فيما هو موقت
بالزمان وان حلق في ايام النحر في غير الحرم فعليه الدم ومن اعتمر فخرج من الحرم وقصر فعليه دم

عند ابي حنيفة ومحمد رح وابي يوسف لا شيء عليه قال رض في الجامع الصغير قول ابي يوسف في المعتمر
ولم يذكره في الحاج وقيل هو بالاتفاق لان السنة في الحج الحلق بمنى وهو من الحرم والاصح انه
على الاختلاف هو يقول الحلق غير مختص بالحرم لان النبي عم واصحابه احصروا بالحديبية و
حلقوا في غير الحرم ولهما ان الحلق لما جعل محللا صار كالسلام في آخر الصلوة فانه من واجباتها
وان كان محللا واذا صار نسكا اختص بالحرم كالذبح وبعض الحديبية من الحرم فلعلهم
حلقوا فيه فالحاصل ان الحلق يتوقت بالزمان والمكان عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح
لا يتوقت بهما وعند محمد يتوقت بالمكان دون الزمان وعند زفر رح يتوقت بالزمان دون
المكان وهذا الخلاف في التوقيت في حق التضمين بالدم اما لا يتوقت في حق التحلل بالاتفاق
والحلق والتقصير في العمرة غير موقت بالزمان بالاجماع لان اصل العمرة لا يتوقت به بخلاف
المكان لانه موقت به قال فان لم يقصر حتى رجع ثم قصر فلا شيء عليه في قولهم جميعا معناه
اذا خرج المعتمر ثم عاد لانه اتى به في مكانه فلا يلزمه ضمانه وان حلق القارن قبل ان يذبح
فعليه دمان عند ابي حنيفة رح دم بالحلق في غير اوانه لان اوانه بعد الذبح ودم بتاخير
الذبح عن الحلق وعندهما يجب عليه دم واحد وهو الاول ولا يجب بسبب التاخير شيء
على ما قلنا

فصل

اعلم ان صيد البر محرم على المحرم وصيد البحر حلال لقوله تعالى احل لكم
صيد البحر وطعامه متاعا لكم الاية وصيد البر ما يكون توالده ومثواه في البر وصيد البحر ما يكون
توالده ومثواه في الماء والصيد هو الممتنع المتوحش في اصل الخلقة واستثنى رسول الله
عليه السلام الخمس الفواسق وهي الكلب العقور والذئب والحداة والغراب والحية و
العقرب فانها مبتدئات بالاذى والمراد به الغراب الذي ياكل الجيف هو المروي
عن ابي يوسف رح واذا قتل المحرم صيدا او دل عليه من قتله فعليه الجزاء اما القتل فلقوله تعالى
لا تقتلوا الصيد وانتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ما قتل من النعم الاية نص على
ايجاب الجزاء واما الدلالة ففيها خلاف الشافعي رح هو يقول الجزاء تعلق بالقتل
والدلالة ليست بقتل فاشبه دلالة الحلال حلالا ولنا ما روينا من حديث ابي قتادة
وقال عطاء رض اجمع الناس على ان على الدال الجزاء ولان الدلالة من محظورات
الاحرام ولانها تفويت الامن على الصيد اذ هو آمن بتوحشه وتواريه فصار كالاتلاف
ولان المحرم بالاحرام التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بترك ما التزمه كالمودع
بخلاف الحلال لانه لا التزام من جهته على ان فيه الجزاء على ما روي عن ابي يوسف رح والدلالة
الموجبة للجزاء ان لا يكون المدلول عالما بمكان الصيد وان يصدقه في الدلالة حتى لو كذبه
وصدق غيره لا ضمان على المكذب ولو كان الدال حلالا في الحرم لم يكن عليه شيء لما قلنا
وسواء في ذلك الناسي والعامد لانه ضمان يعتمد وجوبه الاتلاف فاشبه غرامات الاموال

والمبتدي والعائد سواء لان الموجب لا يختلف والجزاء عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ان يقوم
الصيد في المكان الذي قتل فيه او في اقرب المواضع اليه اذا كان في برية فيقومه ذوا عدل ثم هو
مخير في الفداء ان شاء ابتاع بها هديا وذبحه ان بلغت هديا وان شاء اشترى بها طعاما
وتصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او صاعا من شعير وان شاء صام على ما نذكر
وقال محمد والشافعي يجب في الصيد النظير فيما له نظير ففي الظبي شاة وفي الضبع شاة وفي الارنب
عناق وفي اليربوع جفرة وفي النعامة بدنة وفي حمار الوحش بقرة لقوله تعالى فجزاء مثل ما قتل
من النعم ومثله من النعم ما يشبه المقتول صورة لان القيمة لا تكون نعما والصحابة رض اوجبوا
النظير من حيث الخلقة والمنظر في النعامة والظبي وحمار الوحش والارنب على ما بينا
وقال عم الضبع صيد وفيه شاة وما ليس له نظير عند محمد رح تجب القيمة مثل العصفور والحمام
وما اشبههما واذا وجبت القيمة كان قوله كقولهما والشافعي يوجب في الحمامة شاة ويثبت
المشابهة بينهما من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر ولابي حنيفة وابي يوسف رح ان المثل المطلق
هو المثل صورة ومعنى ولا يمكن الحمل عليه فحمل على المثل معنى لكونه معهودا في الشرع كما في حقوق
العباد او لكونه مرادا بالاجماع او لما فيه من التعميم وفي ضده التخصيص والمراد بالنص والله اعلم
فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي واسم النعم ينطلق على الوحشي والاهلي كذا قاله ابو عبيدة
والاصمعي رح والمراد بما روي التقدير دون ايجاب العين ثم الخيار الى القاتل في ان يجعله هديا
او طعاما او صوما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد والشافعي رح الخيار الى الحكمين في
ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير على ما ذكرنا وان حكما بالطعام او بالصيام فعلى ما قال ابو حنيفة
وابو يوسف لهما ان التخيير شرع رفقا بمن عليه فيكون الخيار اليه كما في كفارة اليمين ولمحمد والشافعي رح
قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا الاية ذكر الهدي منصوبا لانه تفسير لقوله تعالى يحكم
به او مفعول لحكم الحكم ثم ذكر الطعام والصيام بكلمة او فيكون الخيار اليهما قلنا الكفارة
عطفت على الجزاء لا على الهدي بدليل انه مرفوع وكذا قوله او عدل ذلك صياما مرفوع فلم يكن
فيها دلالة اختيار الحكمين وانما يرجع اليهما في تقويم المتلف ثم الاختيار بعد ذلك الى من عليه
ويقومان في المكان الذي اصابه لاختلاف القيم باختلاف الاماكن فان كان الموضع برا لا يباع فيه
الصيد يعتبر اقرب المواضع اليه مما يباع فيه ويشترى قالوا والواحد يكفي والمثنى اولى لانه احوط
وابعد عن الغلط كما في حقوق العباد وقيل يعتبر المثنى ههنا بالنص والهدي لا يذبح الا بمكة
لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة ويجوز الاطعام في غيرها خلافا للشافعي رح هو يعتبره بالهدي
والجامع التوسعة على سكان الحرم ونحن نقول الهدي قربة غير معقولة فيختص بمكان او زمان
اما الصدقة قربة معقولة في كل زمان ومكان والصوم يجوز في غير مكة لانه قربة في كل مكان
فان ذبح الهدي بالكوفة اجزاه عن الطعام معناه اذا تصدق باللحم وفيه وفاء بقيمة الطعام لان

لان الاراقة لا تنوب عنه واذا وقع الاختيار على الهدي يهدي ما يجزيه في الاضحية لان مطلق
اسم الهدي منصرف اليه وقال الشافعي رح يجزيه صغار النعم فيها لان الصحابة رض اوجبوا عناقا
وجفرة وعند ابي حنيفة وابي يوسف رح يجوز الصغار على وجه الاطعام يعني اذا تصدق واذا وقع
الاختيار على الطعام يقوم المتلف بالطعام عندنا لانه هو المضمون فتعتبر قيمته واذا اشترى
بالقيمة طعاما تصدق على كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير ولا يجوز ان يطعم
المسكين اقل من نصف صاع لان الطعام المذكور ينصرف الى ما هو المعهود في الشرع وان اختار
الصيام يقوم المقتول طعاما ثم يصوم عن كل صاع من بر او صاعا من شعير يوما لان تقدير الصيام
بالمقتول غير ممكن اذ لا قيمة للصيام فقدرناه بالطعام والتقدير على هذا الوجه معهود
في الشرع كما في باب الفدية فان فضل من الطعام اقل من نصف صاع فهو مخير ان شاء صام عنه يوما
كاملا وان شاء تصدق به لان الصوم اقل من يوم غير مشروع وكذلك ان كان الواجب دون
طعام مسكين يطعم قدر الواجب او يصوم يوما كاملا لما قلنا ولو جرح صيدا او نتف شعره او قطع
عضوا منه ضمن ما نقصه اعتبارا للبعض بالكل كما في حقوق العباد ولو نتف ريش طائر
او قطع قوائم صيد فخرج عن حيز الامتناع فعليه قيمته كاملة لانه فوت عليه الامن بتفويت آلة
الامتناع فيغرم جزاءه ومن كسر بيض نعامة فعليه قيمته وهذا مروي عن علي رض وابن عباس ولان اصل
ولانه عرضه ان يصير صيدا فنزل منزلة الصيد احتياطا ما لم يفسد فان خرج من البيض فرخ ميت
فعليه قيمته حيا وهذا استحسان والقياس ان لا يغرم سوى البيضة لان حياة الفرخ غير معلومة
وجه الاستحسان ان البيض معد ليخرج منه الفرخ الحي والكسر قبل اوانه سبب لموته فيحال به عليه
احتياطا وعلى هذا اذا ضرب بطن ظبية فالقت جنينا ميتا فماتت فعليه قيمتهما وليس في
قتل الغراب والحدأة والذئب والحية والعقرب والفارة والكلب العقور جزاء لقوله عم
خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم الحدأة والحية والعقرب والفارة والكلب
العقور وقد ذكر الذئب في بعض الروايات وقيل المراد بالكلب العقور الذئب او يقال ان الذئب
في معناه والمراد بالغراب الذي ياكل الجيف ويخلط لانه يبتدئ بالاذى اما العقعق غير
مستثنى لانه لا يسمى غرابا ولا يبتدئ بالاذى وعن ابي حنيفة رح ان الكلب العقور وغير العقور
والمستانس والمتوحش منهما سواء لان المعتبر في ذلك الجنس وكذا الفارة الاهلية والوحشية
سواء والضب واليربوع ليسا من الخمسة المستثناة لانهما لا يبتديان بالاذى وليس في قتل البعوض
والنمل والبراغيث والقراد شيء لانها ليست بصيود وليست بمتولدة من البدن ثم هي مؤذية
بطبعها والمراد من النمل السوداء والصفراء التي تؤذي وما لا تؤذي لا يحل قتلها و
لكن لا يجب الجزاء للعلة الاولى ومن قتل قملة تصدق بما شاء مثل كف من الطعام لانها متولدة
من التفث الذي على البدن وفي الجامع الصغير اطعم شيئا وهذا يدل على انه يجزيه ان يطعم

ان يطعم مسكينا يسيرا على سبيل الاباحة وان لم يكن مشبعا ومن قتل جرادة تصدق بما شاء
لان الجراد من صيد البر فان الصيد ما لا يمكن اخذه الا بحيلة ويقصده الآخذ وتمرة
خير من جرادة لقول عمر رض تمرة خير من جرادة ولا شيء عليه في قتل السلحفاة لانه من
الهوام والحشرات فاشبه الخنافس والوزغات ويمكن اخذه من غير حيلة وكذا لا يقصد بالاخذ
فلم يكن صيدا ومن حلب صيد الحرم فعليه قيمته لان اللبن من اجزاء الصيد فاشبه كله ومن قتل
ما لا يؤكل لحمه من الصيد كالسباع ونحوها فعليه الجزاء الا ما استثناه الشرع وهو ما عددناه
وقال الشافعي رح لا يجب الجزاء لانها جبلت على الايذاء فدخلت في الفواسق المستثناة وكذا
اسم الكلب يتناول السباع باسرها لغة ولنا ان السبع صيد لتوحشه وكونه مقصودا بالاخذ
اما لجلده ليصطاد به او لدفع اذاه والقياس على الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد واسم
الكلب لا يقع على السبع عرفا والعرف املك ولا يجاوز بقيمته شاة وقال زفر رح يجب بالغة
ما بلغت اعتبارا بماكول اللحم ولنا قوله عم الضبع صيد وفيه الشاة ولان اعتبار قيمته
لمكان الانتفاع بجلده لا لانه محارب موذ ومن هذا الوجه لا يزداد على قيمة الشاة ظاهرا
واذا صال السبع على المحرم فقتله فلا شيء عليه وقال زفر رح يجب عليه قيمته اعتبارا بالجمل
الصائل ولنا ما روي ان عمر رض قتل سبعا واهدى كبشا وقال انا ابتدأناه ولان المحرم
ممنوع عن التعرض للصيد لا عن دفع الاذى ولهذا كان ماذونا في دفع المتوهم من الاذى كما في
الفواسق الخمس فلان يكون ماذونا في دفع المتحقق اولى ومع وجود الاذن من الشارع
لا يجب الجزاء حقا له بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن من صاحب الحق وهو العبد وان اضطر
المحرم الى اكل لحم صيد فقتله فعليه الجزاء لان الاذن مقيد بالكفارة بالنص على ما تلوناه
من قبل ولا باس للمحرم ان يذبح الشاة والبقر والبعير والدجاجة والبط الاهلي لان هذه الاشياء
ليست بصيود لعدم التوحش والمراد بالبط الذي يكون في المساكن والحياض لانه الوف
باصل الخلقة ولو ذبح حماما مسرولا فعليه الجزاء خلافا لمالك رح لانه الوف مستانس ولا
يمتنع بجناحيه لبطء نهوضه ونحن نقول الحمام متوحش باصل الخلقة ممتنع بطيرانه
وان كان بطيء النهوض والاستئناس عارض فلم يعتبر وكذا اذا قتل ظبيا مستانسا
لانه صيد في الاصل فلا يبطله الاستئناس كالبعير اذا ند لا ياخذ حكم الصيد في الحرمة
على المحرم واذا ذبح المحرم صيدا فذبيحته ميتة لا يحل اكلها وقال الشافعي رح يحل ما ذبحه المحرم
لغيره لانه عامل له فانتقل فعله اليه ولنا ان الذكاة فعل مشروع وهذا فعل حرام فلا يكون
ذكاة كذبيحة المجوسي وهذا لان المشروع هو الذي قام مقام الميز بين الدم واللحم تيسيرا
فينعدم بانعدامه فان اكل المحرم الذابح من ذلك شيئا فعليه قيمة ما اكل عند ابي حنيفة رح وقالا
ليس عليه جزاء ما اكل وان اكل منه محرم آخر فلا شيء عليه في قولهم جميعا لهما ان هذه ميتة

لو لم يكن بالاستغفار وصار هذا كما اذا اكل المحرم غيره ولا بي حنيفة رح ان حرمته باعتبار
كونه ميتة كما ذكرناه وباعتبار انه محظور احرامه لان احرامه هو الذي اخرج الصيد عن المحلية
والذابح عن الاهلية في حق الذكوة فصار حرمة التناول بهذه الوسائط مضافا الى احرامه بخلاف
محرم اخر لان تناوله ليس من محظورات احرامه ولا بأس بان يأكل المحرم لحم صيد اصطاده حلال
وذبحه اذا لم يدل عليه ولا امره بصيده خلافا لمالك رح فيما اذا اصطاده لاجل المحرم له
قوله عم لا بأس ان يأكل المحرم لحم صيد ما لم يصده او يصد له ولنا ما روي ان الصحابة
رض تذاكروا لحم الصيد في حق المحرم فقال عم لا بأس واللام فيما روي لام تمليك فيحمل على ان
يهدي اليه الصيد دون اللحم او معناه ان يصاد بامره ثم شرط عدم الدلالة وهذا تنصيص
على ان الدلالة محرمة قالوا فيه روايتان ووجه الحرمة حديث ابي قتادة رض وقد ذكرناه وفي
صيد الحرم اذا ذبحه الحلال فعليه قيمته يتصدق بها على الفقراء لان الصيد استحق الامن
بسبب الحرم قال عم في حديث فيه طول ولا ينفر صيدها ولا يجزيه الصوم لانها غرامة وليست
بكفارة فاشبه ضمان الاموال وهذا لانه يجب بتفويت وصف في المحل وهو الامن والواجب
على المحرم بطريق الكفارة جزاء على فعله لان الحرمة باعتبار معنى فيه وهو احرامه والصوم
يصلح جزاء الافعال لا ضمان المحال وقال زفر رح يجزيه الصوم اعتبارا بما وجب على المحرم
والفرق قد ذكرناه وهل يجزيه الهدي ففيه روايتان ومن دخل الحرم بصيد فعليه ان يرسله
اذا كان في يده خلافا للشافعي رح فانه يقول حق الشرع لا يظهر في مملوك العبد لحاجة العبد
ولنا انه لما حصل في الحرم وجب ترك التعرض لحرمة الحرم اذ صار هو من صيد الحرم فاستحق
الامن لما روينا فان باعه رد البيع فيه ان كان قائما لان البيع لم يجز لما فيه من التعرض للصيد وذلك
حرام وان كان فائتا فعليه الجزاء لانه تعرض للصيد بتفويت الامن الذي استحقه وكذلك بيع المحرم
الصيد من محرم او حلال لما قلناه ومن احرم وفي بيته او في قفص معه صيد فليس عليه ان يرسله
وقال الشافعي رح ان يرسله لانه متعرض للصيد بامساكه في ملكه فصار كما اذا كان في يده ولنا
ان الصحابة رض كانوا يحرمون وفي بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل عنهم ارسالها وبذلك
جرت العادة الفاشية وهي من احدى الحجج ولان الواجب ترك التعرض وهو ليس بمتعرض
من جهته لانه محفوظ بالبيت والقفص لا به غير انه في ملكه ولو ارسله في مفازة فهو
على ملكه ولا معتبر ببقاء الملك وقيل اذا كان القفص في يده لزمه ارساله لكن على وجه لا يضيع
فان اصاب حلال صيدا ثم احرم فارسله من يده غيره يضمن عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمن
لان المرسل امر بالمعروف ناه عن المنكر وما على المحسنين من سبيل وله انه ملك الصيد بالاخذ
ملكا محترما فلا يبطل احترامه باحرامه وقد اتلفه المرسل فيضمنه بخلاف ما اذا اخذه في حالة
الاحرام لانه لم يملكه والواجب عليه ترك التعرض ويمكنه ذلك بان يخليه في بيته فاذا قطع يده عنه كان

كان متعديا ونظيره الاختلاف في كسر المعازف فان اصاب محرم صيدا فارسله من يده غيره
فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه لم يملكه بالاخذ فان الصيد لم يبق محلا للتملك في حق المحرم لقوله تعالى
وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فصار كما اذا اشترى الخمر فان قتله محرم اخر في يده فعلى
كل واحد منهما جزاؤه لان الاخذ متعرض للصيد بتفويت الامن والقاتل مقرر لذلك والتقرير
كالابتداء في حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ويرجع الاخذ على القاتل
وقال زفر رح لا يرجع لان الاخذ مؤاخذ بصنعه فلا يرجع على غيره ولنا ان الاخذ انما
يصير سببا للضمان عند اتصال الهلاك به فهو بالقتل جعل فعل الاخذ علة فيكون في معنى
مباشرة علة العلة فيحال بالضمان عليه فان قطع حشيش الحرم او شجرة التي ليس بمملوك
وهو مما لا ينبته الناس فعليه قيمته الا فيما جف منه لان حرمتها ثبتت بسبب الحرم قال عم
لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا يكون للصوم في هذه القيمة مدخل لما بينا ويتصدق
بقيمته على الفقراء واذا اداها ملكه كما في حقوق العباد ويكره بيعه بعد القطع لانه
ملكه بسبب محظور شرعا فلو اطلق له في بيعه لتطرق الناس الى مثله الا انه يجوز البيع
مع الكراهة بخلاف الصيد والفرق ما نذكره ان شاء الله تعالى والذي ينبته الناس عادة
عرفناه غير مستحق الامن بالاجماع ولان المحرم المنسوب الى الحرم ما ذكرناه والنسبة اليه على
الكمال عند عدم النسبة الى غيره بالانبات وما لا ينبت عادة اذا انبته انسان التحق بما
ينبت عادة ولو نبت بنفسه في ملك رجل فعلى قاطعه قيمتان قيمة لحرمة الحرم حقا للشرع وقيمة
اخرى ضمانا لمالكه كالصيد المملوك في الحرم وما جف من شجر الحرم فلا ضمان فيه لانه ليس بنام
ولا يرعى حشيش الحرم ولا يقطع الا الاذخر وقال ابو يوسف رح لا بأس بالرعي لان فيه
ضرورة فان منع الدواب عنه متعذر ولنا ما روينا والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل
وحمل الحشيش من الحل ممكن فلا ضرورة بخلاف الاذخر فانه استثناه رسول الله عم فيجوز
رعيه وقطعه وبخلاف الكماة لانها ليست من جملة النبات وكل شيء فعله القارن مما ذكرنا
ان فيه على المفرد دما فعليه دمان دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعي رح دم واحد بناء على
انه محرم باحرام واحد عنده وعندنا باحرامين وقد مر من قبل قال الا ان يتجاوز الميقات
غير محرم بالعمرة او الحج فيلزمه دم واحد خلافا لزفر رح لان المستحق عليه عند الميقات احرام
واحد وبتاخيره واجب واحد لا يجب الا جزاء واحد واذا اشترك محرمان في قتل صيد فعلى
كل واحد منهما جزاء كامل لان كل واحد منهما بالشركة صار جانيا جناية تفوق الدلالة
فيتعدد الجزاء بتعدد الجناية واذا اشترك حلالان في قتل صيد الحرم فعليهما جزاء
واحد لان الضمان بدل عن المحل لا جزاء على الجناية فيتحد باتحاد المحل كرجلين قتلا رجلا
خطأ يجب عليهما دية واحدة وعلى كل واحد منهما كفارة واذا باع المحرم صيد الحرم او ابتاع

فالبيع باطل لانه بعد جنايته تعرض للصيد بتفويت الامن وبعد بعد ما قبل بيع ميتة ومن اخرج
ظبية من الحرم فولدت اولادا فماتت هي واولادها فعليه جزاؤهن لان الصيد بعد الاخراج
من الحرم بقي مستحقا الامن شرعا ولهذا وجب رده الى مأمنه وهذه صفة شرعية فتسري
الى الولد فان ادى جزاءها ثم ولدت فليس عليه جزاء الولد لان الام بعد اداء الجزاء لم تبق امنة
لان وصول الخلف كوصول الاصل والله اعلم

باب مجاوزة الوقت بغير احرام

واذا اتى الكوفي بستان بني عامر واحرم بعمرة فان رجع الى ذات عرق ولبى بطل عنه دم الوقت وان رجع
اليه ولم يلب حتى دخل مكة فطاف لعمرته فعليه دم وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان رجع اليه محرما
فليس عليه شيء لبى او لم يلب وقال زفر رح لا يسقط لبى او لم يلب لان جنايته لم ترتفع بالعود
فصار كما اذا افاض من عرفات ثم عاد اليه بعد الغروب ولنا انه تدارك المتروك في اوانه
وذلك قبل الشروع في الافعال فيسقط الدم بخلاف الافاضة لانه لم يتدارك المتروك في اوانه
على ما مر عنوان التدارك عندهما عوده محرما لانه اظهر حق الميقات كما اذا مر به محرما ساكتا وعنده
بعوده محرما ملبيا لان العزيمة في الاحرام من دويرة اهله فاذا ترخص بالتأخير الى الميقات
وجب قضاء حقه بانشاء التلبية فكان التلافي في عوده ملبيا وعلى هذا الخلاف اذا احرم بحجة
بعد المجاوزة مكان العمرة في جميع ما ذكرنا ولو عاد بعد ما ابتدأ بالطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه
الدم بالاتفاق ولو عاد اليه قبل الاحرام يسقط بالاتفاق وهذا الذي ذكرنا اذا كان يريد
الحج او العمرة فان دخل البستان لحاجة فله ان يدخل مكة بغير احرام ووقته البستان وهو وصاحب
المنزل سواء لان البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده واذا قصده التحق
باهله وللبستاني ان يدخل مكة بغير احرام للحاجة فكذلك او المراد بقوله ووقته البستان جميع
الحل الذي بينه وبين الحرم وقد ذكرناه من قبل وكذلك وقت الداخل الملحق به فان احرما من الحل
ووقفا بعرفة لم يكن عليهما شيء يريد به البستاني والداخل فيه لانهما احرما من ميقاتهما ومن دخل
مكة بغير احرام ثم خرج من عامه ذلك الى الوقت واحرم بحجة عليه اجزاه عن دخوله مكة بغير احرام
وقال زفر رح لا يجزيه وهو القياس اعتبارا بما لزمه بسبب النذر وصار كما اذا تحولت السنة
ولنا انه تلافى المتروك في وقته لان الواجب عليه تعظيم هذه البقعة بالاحرام كما اذا اتاها
محرما بحجة الاسلام في الابتداء بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه صار دينا في ذمته فلا يتأدى
الا باحرام مقصود كما في الاعتكاف المنذور فانه يتأدى بصوم رمضان من هذه السنة دون
العام الثاني ومن جاوز الميقات فاحرم بعمرة فافسدها مضى فيها وقضاها لان الاحرام
يقع لازما فصار كما اذا افسد الحج وليس عليه دم لترك الوقت وعلى قياس قول زفر رح لا يسقط
عنه الدم وهو نظير الاختلاف في فائت الحج اذا جاوز الميقات بغير احرام وفيمن جاوز الميقات
بغير احرام فاحرم بالحج ثم افسد حجة هو يعتبر المجاوزة هذه بغيرها من المحظورات ولنا

ولنا انه يصير قاضيا حق الميقات بالاحرام منه في القضاء وهو يحكي الفائت ولا ينعدم به
غيره من المحظورات والفرق واضح واذا خرج المكي يريد الحج فاحرم ولم يعد الى الحرم ووقف بعرفة
فعليه شاة لان وقته الحرم وقد جاوزه بغير احرام فان عاد الى الحرم ولبى او لم يلب فهو على
الاختلاف الذي ذكرناه في الافاقي والمتمتع اذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فاحرم بالحج ووقف
بعرفة فعليه دم لانه لما دخل مكة واتى بافعال العمرة صار بمنزلة المكي واحرام المكي من الحرم لما
ذكرنا فيلزمه الدم بتأخيره عنه فان رجع الى الحرم فاهل فيه قبل ان يقف بعرفة فلا شيء
عليه وهو على الخلاف الذي تقدم في الافاقي والله تعالى اعلم بالصواب

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

قال ابو حنيفة رح اذا احرم المكي بعمرة وطاف لها شوطا ثم احرم بالحج فانه يرفض الحج وعليه
لرفضه دم وعليه حجة وعمرة وقال ابو يوسف ومحمد رح رفض العمرة احب الينا وقضاؤها
وعليه دم لانه لا بد من رفض احدهما لان الجمع بينهما في حق المكي غير مشروع والعمرة اولى
بالرفض لانها ادنى حالا واقل اعمالا وايسر قضاء لكونها غير مؤقتة وكذا اذا احرم بالعمرة
ثم بالحج ولم يأت بشيء من افعال العمرة لما قلنا فان طاف للعمرة اربعة اشواط ثم احرم بالحج
رفض الحج بلا خلاف لان للاكثر حكم الكل فيتعذر رفضها كما اذا فرغ منها ولا كذلك اذا طاف للعمرة
اقل من ذلك عند ابي حنيفة رح ولان احرام العمرة قد تأكد باداء شيء من اعمالها واحرام الحج لم يتأكد
ورفض غير المتأكد ايسر ولان في رفض العمرة والحالة هذه ابطال العمل وفي رفض الحج
امتناع عنه وعليه دم بالرفض ايهما رفضه لانه تحلل قبل اوانه لتعذر المضي فيه فكان في
معنى المحصر الا ان في رفض العمرة قضاءها لا غير وفي رفض الحج قضاؤه وعمرة لانه في معنى
فائت الحج فان مضى عليهما اجزاه لانه ادى افعالهما كما التزمهما غير انه منهي عنهما والنهي
لا يمنع تحقق الفعل على ما عرف من اصلنا وعليه دم لجمعه بينهما لانه تمكن النقصان في عمله لارتكابه
المنهي عنه وهذا في حق المكي دم جبر وفي حق الافاقي دم شكر ومن احرم بالحج ثم احرم يوم
النحر بحجة اخرى فان حلق في الاولى لزمته الاخرى ولا شيء عليه وان لم يحلق في الاولى لزمته
الاخرى وعليه دم قصر او لم يقصر عند ابي حنيفة رح وقالا ان لم يقصر فلا شيء عليه لان الجمع
بين الاحرامين بحجتين بدعة فاذا حلق فهو وان كان نسكا في الاحرام الاول فهو جناية
على الثاني لانه في غير اوانه فلزمه الدم بالاجماع وان لم يحلق حتى حج في العام القابل فقد
اخر الحلق عن وقته في الاحرام الاول وذلك يوجب الدم عند ابي حنيفة رح وعندهما لا يلزمه شيء
على ما ذكرنا فلهذا سوى بين التقصير وعدمه عنده وشرط التقصير عندهما ومن فرغ من
عمرته الا التقصير فاحرم باخرى فعليه دم لاحرامه قبل الوقت لانه جمع بين الاحرامين
للعمرة وهذا مكروه فيلزمه الدم وهو دم جبر وكفارة ومن اهل بحجة ثم احرم بعمرة لزماه

لأن الجمع بينهما مشروع في حق الآفاقي والمسألة فيه فيصير بذلك قارناً لكنه أخطأ السنة فيصير
مسيئاً فلو وقف بعرفات ولم يأت بأفعال العمرة فهو رافض لعمرته لأنه تعذر عليه أداؤها
إذ هي مبنية على الحج غير مشروعة فإن توجه إليها لم يكن رافضاً حتى يقف وقد ذكرناه من قبل
فإن طاف للحج ثم أحرم بعمرة فمضى عليهما لزمه وعليه دم لجمعه بينهما لأن الجمع بينهما مشروع على ما مر
فصح الإحرام بهما والمراد بهذا الطواف طواف التحية وأنه سنة وليس بركن حتى لا يلزمه
بتركه شيء وإذا لم يأت بما هو ركن يمكنه أن يأتي بأفعال العمرة ثم بأفعال الحج فلهذا لو مضى عليهما جاز
وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم كفارة وجبر وهو الصحيح لأنه بان أفعال العمرة على أفعال
الحج من وجه ويستحب أن يرفض عمرته لأن إحرام الحج قد تأكد بشيء من أعماله بخلاف ما إذا لم يطف
للحج وإذا رفض عمرته يقضيها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها ومن أهل بعمرة في يوم النحر
أو في أيام التشريق لزمته لما قلنا ويرفضها أي يلزمه الرفض لأنه قد أدى ركن الحج فيصير
بانياً أفعال العمرة على أفعال الحج من كل وجه وقد كرهت العمرة في هذه الأيام أيضاً على ما نذكره
فلهذا يلزمه رفضها فإن رفضها فعليه دم لرفضها وعمرة مكانها لما بيناه فإن مضى عليها أجزأه
لأن الكراهة لمعنى في غيرها وهو كونه مشغولاً في هذه الأيام بأداء بقية أعمال
الحج فيجب تخليص الوقت له تعظيماً وعليه دم لجمعه بينهما إما في الإحرام أو في الأعمال الباقية
قالوا وهذا دم كفارة أيضاً وقيل إذا حلق للحج ثم أحرم لا يرفضها على ظاهر ما ذكر في الأصل
وقيل يرفضها احترازاً عن النهي قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله ومشايخنا على هذا فإن فاته
الحج ثم أحرم بعمرة أو بحجة فإنه يرفضها لأن فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة من غير أن ينقلب
إحرامه إحرام العمرة على ما يأتيك في باب الفوات إن شاء الله فيصير جامعاً بين العمرتين من حيث
الأفعال فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بعمرتين فإن أحرم بحجة يصير جامعاً بين الحجتين
إحراماً فعليه أن يرفضها كما لو أحرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها
بالتحلل قبل أوانه والله أعلم **باب الإحصار** وإذا أحصر المحرم بعدو أو أصابه مرض فمنعه من
المضي جاز له التحلل استحساناً وقال الشافعي رحمه الله لا يكون الإحصار إلا بالعدو لأن التحلل
بالهدي شرع في حق المحصر لتحصيل النجاة وبالإحلال ينجو من العدو لا من المرض ولنا أن
آية الإحصار وردت في الإحصار بالمرض بإجماع أهل اللغة فإنهم قالوا الإحصار بالمرض
والحصر بالعدو والتحلل قبل أوانه لدفع الحرج الناشئ من قبل امتداد الإحرام والحرج في
الاصطبار عليه مع المرض أعظم وإذا جاز له التحلل يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد
من تبعثه بيوم بعينه يذبح فيه ثم تحلل وإنما يبعث إلى الحرم لأن دم الإحصار قربة والإراقة
لم تعرف قربة إلا في زمان أو مكان على ما مر فلا يقع قربة دونه فلا يقع به التحلل وإليه الإشارة
بقوله تعالى ولا تحلقوا رؤوسكم حتى يبلغ الهدي محله فإن الهدي اسم لما يهدى إلى الحرم وقال

وقال الشافعي لا يتوقت به لأنه شرع رخصة والتوقيت يبطل التخفيف قلنا إن المراعى أصل
التخفيف لا نهايته ويجوز الشاة لأن المنصوص عليه الهدي والشاة أدناه وتجزيه البقرة و
البدنة أو سبعهما كما في الضحايا وليس المراد بما ذكر بعث الشاة بعينها لأن ذلك قد يتعذر بل له
أن يبعث بالقيمة حتى يشترى الشاة هنالك وتذبح عنه وقوله ثم تحلل إشارة إلى أنه ليس عليه الحلق
أو التقصير وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف عليه ذلك ولو لم يفعل لا شيء عليه لأنه عليه السلام
حلق عام الحديبية وكان محصراً بها وأمر أصحابه بذلك ولهما أن الحلق إنما عرف قربة مرتباً على أفعال
الحج فلا يكون نسكاً قبلها وفعل النبي عليه السلام وأصحابه ليعرف استحكام عزيمتهم على الانصراف
وإن كان قارناً بعث بدمين لاحتياجه إلى التحلل عن إحرامين فإن بعث بهدي واحد ليتحلل
عن الحج ويبقى في إحرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لأن التحلل منهما شرع في حالة واحدة ولا يجوز
ذبح دم الإحصار إلا في الحرم ويجوز ذبحه قبل يوم النحر عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز الذبح
للمحصر بالحج إلا في يوم النحر لأن دم الإحصار يتوقت بيوم النحر فيه يذبح دم الحج بعد ذلك الهدي
ويجوز للمحصر بالعمرة متى شاء اعتباراً بهدي المتعة والقران وربما يعتبرانه بالحلق إذ كل
واحد منهما محلل ولأبي حنيفة رحمه الله أنه دم كفارة حتى لا يجوز الأكل منه فيختص بالمكان دون
الزمان كسائر دماء الكفارات بخلاف دم المتعة والقران لأنه دم نسك وبخلاف الحلق لأنه
في أوانه لأن معظم أفعال الحج وهو الوقوف ينتهي به والمحصر بالحج إذا تحلل فعليه حجة
وعمرة هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم ولأن الحجة يجب قضاؤها لصحة الشروع
والعمرة لما أنه في معنى فائت الحج وعلى المحصر بالعمرة القضاء والإحصار عنها يتحقق عندنا
وقال مالك رحمه الله لا يتحقق لأنها لا يتوقت ولنا أن النبي عليه السلام وأصحابه أحصروا بالحديبية
وكانوا عماراً ولأن شرع التحلل لدفع الحرج وهذا موجود في إحرام العمرة وإذا تحقق
الإحصار فعليه القضاء إذا تحلل كما في الحج وعلى القارن حجة وعمرتان أما الحج وإحداهما فلما بينا
وأما الثانية فلأنه خرج منها بعد صحة الشروع فإن بعث القارن هدياً وواعدهم أن يذبحوه
في يوم بعينه ثم زال الإحصار فإن كان لا يدرك الحج والهدي لا يلزمه أن يتوجه بل يصبر
حتى يتحلل بنحر الهدي لفوات المقصود من التوجه وهو أداء الأفعال وإن توجه ليتحلل
بأفعال العمرة له ذلك لأنه فائت الحج وإن كان يدرك الحج والهدي لزمه التوجه لزوال العجز
قبل حصول المقصود بالخلف وإذا أدرك هديه صنع به ما شاء لأنه ملكه وقد كان عينه
لمقصود استغنى عنه فإن كان يدرك الهدي دون الحج يتحلل لعجزه عن الأصل وإن كان يدرك الحج
دون الهدي جاز له التحلل استحساناً وهذا التقسيم على قولهما في المحصر بالحج لأن دم الإحصار
عندهما يتوقت بيوم النحر فمن يدرك الحج يدرك الهدي وإنما يستقيم على قول أبي حنيفة
وفي المحصر بالعمرة يستقيم بالاتفاق لعدم توقت الدم بيوم النحر وجه القياس وهو

قال زفر رح انه قدر على الاصل وهو الحج قبل حصول المقصود بالبدل وهو الهدي وجه الاستحسان
لو الزمناه التوجه لضاع ماله لان المبعوث على يديه الهدي يذبحه ولا يحصل مقصوده وحرمة
المال كحرمة النفس ولو خاف على نفسه لا يلزمه التوجه وكذا اذا خاف على المال لانه ينبغي ان يضمن
المبعوث على يديه بالذبح لفوات مقصود المحصر ولا وصلة الى الضمان عليه وله الخيار ان شاء
صبر في ذلك المكان او غيره ليذبح عنه فيتحلل وان شاء توجه ليؤدي النسك الذي التزمه
بالاحرام وهو افضل لانه اقرب الى الوفاء بما وعد ومن وقف بعرفة ثم احصر لا يكون محصرا لوقوع
الامن عن الفوات ومن احصر بمكة وهو ممنوع عن الطواف والوقوف فهو محصر لانه تعذر
عليه الاتمام فصار كما اذا احصر في الحل وان قدر على احدهما فليس بمحصر اما على الطواف
فلان فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل واما على الوقوف فلما بينا وقد قيل في هذه
المسئلة خلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف رح والصحيح ما اعلمتك من التفصيل والله اعلم

باب الفوات

ومن احرم بالحج وفاته الوقوف بعرفة حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاته الحج لما ذكرنا
ان وقت الوقوف يمتد اليه وعليه ان يطوف ويسعى ويتحلل ويقضي من قابل ولا دم عليه
لقوله عم من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل والعمرة ليست
الا الطواف والسعي ولان الاحرام بعد ما انعقد صحيحا لا طريق للخروج عنه الا باداء
احد النسكين كما في الاحرام المبهم وههنا عجز عن الحج فتتعين عليه العمرة ولا دم عليه لان
التحلل وقع بافعال العمرة فكانت في حق فائت الحج بمنزلة الدم في حق المحصر فلا يجمع بينهما
والعمرة لا تفوت وهي جائزة في جميع السنة الا خمسة ايام يكره فيها فعلها وهي يوم عرفة
ويوم النحر وايام التشريق لما روي عن عائشة رض انها كانت تكره العمرة في هذه الايام الخمسة
ولان هذه ايام الحج فكانت متعينة له وعن ابي يوسف رح انه لا يكره في يوم عرفة قبل الزوال لان
دخول وقت ركن الحج بعد الزوال لا قبله والاظهر من المذهب ما ذكرنا ولكن مع هذا لو
اداها في هذه الايام صح ويبقى محرما بها فيها لان الكراهة فيها لغيره وهو تعظيم امر الحج
وتخليص وقته له فيصح الشروع والعمرة سنة وقال الشافعي رح فريضة لقوله عم العمرة
فريضة كفريضة الحج ولنا قوله عم الحج فريضة والعمرة تطوع ولانها غير موقتة بوقت و
تتادى بنية غيرها كما في فائت الحج وهذه امارة النفلية وتاويل ما رواه انها مقدرة
باعمال كالحج اذ لا تثبت الفريضة مع التعارض في الآثار قال وهي الطواف والسعي
وقد ذكرناه في باب التمتع والله اعلم **باب الحج عن الغير** الاصل في هذا الباب ان الانسان
له ان يجعل ثواب عمله لغيره صلوة او صوما او صدقة او غيرها عند اهل السنة والجماعة
لما روي عن النبي عم انه ضحى بكبشين املحين احدهما عن نفسه والآخر عن امته ممن اقر

ممن اقر بوحدانية الله تعالى وشهد له بالبلاغ جعل تضحية احدى الشاتين لامته لكي ثوابها
والعبادات انواع مالية محضة كالزكوة وبدنية محضة كالصلوة ومركبة منهما كالحج والنيابة
تجري في النوع الاول في حالة الاختيار والضرورة لحصول المقصود بفعل النائب ولا تجري
في النوع الثاني بحال لان المقصود وهو اتعاب النفس لا يحصل به بفعل النائب وتجري
في النوع الثالث عند العجز للمعنى الثاني وهو المشقة بتنقيص المال ولا تجري عند القدرة
لعدم اتعاب النفس والشرط العجز الدائم الى وقت الموت لان الحج فرض العمر وفي النفل يجوز
الانابة حالة القدرة لان باب النفل اوسع ثم ظاهر المذهب ان الحج عن المحجوج عنه وبذلك تشهد
الاخبار الواردة في الباب كحديث الخثعمية فانه عم قال فيه حجي عن ابيك واعتمري وعن محمد
ان الحج يقع عن الحاج وللآمر ثواب النفقة لانه عبادة بدنية وعند العجز اقيم الانفاق مقامه
كالفدية في باب الصوم قال ومن امره رجلان ان يحج عن كل واحد منهما حجة فاهل بحجة عنهما
فهي عن الحاج ويضمن النفقة لان الحج يقع عن الآمر حتى لا يخرج الحاج عن حجة الاسلام
وكل واحد منهما امره ان يخلص الحج له من غير اشتراك ولا يمكن ايقاعه عن احدهما لعدم الاولوية
فيقع عن المأمور ولا يمكنه ان يجعله عن احدهما بعد ذلك بخلاف ما اذا حج عن ابويه فان له ان يجعل
عن احدهما لانه متبرع بجعل ثواب عمله لاحدهما او لهما فيبقى على خياره بعد وقوعه سببا
لثوابه وههنا يفعل بحكم الامر وقد خالف امرهما فيقع عنه ويضمن النفقة ان انفق
من مالهما لانه صرف نفقة الآمر الى حج نفسه وان ابهم الاحرام بان نوى عن احدهما غير معين
فان مضى على ذلك صار مخالفا لعدم الاولوية وان عين احدهما قبل المضي فكذلك
عند ابي يوسف رح وهو القياس لانه مأمور بالتعيين والابهام يخالفه فيقع عن نفسه بخلاف
ما اذا لم يعين حجة او عمرة حيث كان له ان يعين ما شاء لان الملتزم هناك المجهول وههنا المجهول
من له الحق وجه الاستحسان ان الاحرام شرع وسيلة الى الافعال لا مقصودا بنفسه والمبهم
يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفي به شرطا بخلاف ما اذا ادى الافعال على الابهام لان
المؤدى لا يحتمل التعيين فصار مخالفا ان امر غيره ان يقرن عنه جاز والدم على من احرم
لانه وجب شكرا لما وفقه الله تعالى من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة
لان حقيقة الفعل منه وهذه المسئلة تشهد بصحة المروي عن محمد رح ان الحج يقع عن المأمور
وكذلك ان امره واحد بان يحج عنه والآخر بان يعتمر عنه واذن له في القران فالدم عليه لما قلنا
ودم الاحصار على الآمر عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح على الحاج لانه وجب
للتحلل دفعا لضرر امتداد الاحرام وهذا الضرر راجع اليه فيكون الدم عليه ولهما
ان الآمر هو الذي ادخله في هذه العهدة فعليه خلاصه فان كان يحج عن ميت فاحصر فالدم
في مال الميت عندهما خلافا لابي يوسف ثم قيل هو من ثلث مال الميت لانه صلة كالزكوة وغيرها

ولكن من جميع المال لانه وجب حقا للمامور فصار دينا ودم الجماع على الحاج لانه دم جناية وهو
الجاني عن اختيار ويضمن النفقة معناه اذا جامع قبل الوقوف حتى فسد حجه لان الصحيح هو
المامور به بخلاف ما اذا فاته الحج حيث لا يضمن النفقة لانه ما فاته باختياره واما اذا جامع بعد
الوقوف لا يفسد حجه ولا يضمن النفقة لحصول مقصود الامر وعليه الدم في ماله لما بينا
وكذلك سائر دماء الكفارات على الحاج لما قلنا ومن اوصى بان يحج عنه فاحجوا عنه رجلا فلما بلغ
الكوفة مات او سرقت نفقته وقد انفق النصف يحج عن الميت من منزله بثلث ما بقي وهذا
عند ابي حنيفة رح وقالا يحج عنه من حيث مات الاول فالكلام هنا في اعتبار الثلث وفي
مكان الحج اما الاول فالمذكور قول ابي حنيفة اما عند محمد رح يحج عنه بما بقي من المال المدفوع
اليه ان بقي شيء والا بطلت الوصية اعتبارا بتعيين الموصي اذ تعيين الوصي كتعيينه وعند
ابي يوسف رح يحج عنه بما بقي من الثلث الاول لانه هو المحل لنفاذ الوصية ولابي حنيفة رح
ان قسمة الوصي وعزله المال لا يصح الا بالتسليم الى الوجه الذي سماه الموصي لانه لا خصم
له ليقبض ولم يوجد التسليم الى ذلك الوجه فصار كما اذا هلك قبل الافراز والعزل فيحج بثلث
ما بقي واما الثاني فوجه قول ابي حنيفة رح وهو القياس ان القدر الموجود من السفر قد
بطل في حق احكام الدنيا قال النبي عم اذا مات ابن ادم انقطع عمله الا من ثلث الحديث وتنفذ
الوصية من احكام الدنيا فبقيت الوصية من وطنه كان لم يوجد الخروج وجه قولهما وهو
الاستحسان ان سفره لم يبطل لقوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الاية وقال
عليه السلام من مات في طريق الحج كتب له حجة مبرورة في كل سنة واذا لم يبطل اعتبرت الوصية
من ذلك المكان واصل الاختلاف في الذي يحج بنفسه ويبتني على ذلك المامور بالحج ومن اهل
بحجة عن ابويه يجزيه ان يجعلها عن احدهما لان من حج عن غيره بغير امره فانما يجعل ثواب
حجه له وذلك بعد اداء الحج فلغت نيته قبل ادائه وصح جعله ثوابه لاحدهما بعد الاداء بخلاف
المامور على ما مر من قبل والله اعلم **باب الهدي** الهدي ادناه شاة لما روي انه عم
سئل عن الهدي فقال ادناه شاة قال وهو من ثلثة انواع الابل والبقر والغنم لانه عم
لما جعل الشاة ادنى لا بد ان يكون له اعلى وهو البقر والجزور ولان الهدي اسم لما يهدى
الى الحرم ليتقرب به فيه والاصناف الثلثة سواء في هذا المعنى ولا يجوز في الهدايا الا ما جاز
في الضحايا لانه قربة تعلقت باراقة الدم كالاضحية فيتخصصان بمحل واحد والشاة
جائزة في كل شيء الا في موضعين من طاف طواف الزيارة جنبا ومن جامع بعد الوقوف بعرفة
فانه لا يجوز فيهما الا البدنة وقد بينا المعنى فيما سبق ويجوز الاكل من هدي التطوع
والمتعة والقران لانه دم نسك فيجوز الاكل منه بمنزلة الاضحية وقد صح ان النبي عم
اكل من لحم هديه وحسى من المرقة ويستحب له ان ياكل منها لما روينا وكذلك يستحب ان

يتصدق على الوجه الذي عرف في الضحايا ولا يجوز الاكل من بقية الهدايا كدماء الكفارات لانها
دماء كفارات وقد صح ان النبي عم لما احصر بالحديبية وبعث الهدايا على يد ناجية الاسلمي رض قال له لا
تاكل انت ورفقتك منها شيئا ولا يجوز ذبح هدي التطوع والمتعة والقران الا في يوم النحر
قال رح وفي الاصل يجوز ذبح هدي التطوع قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر افضل وهذا هو الصحيح
لان القربة في التطوعات باعتبار انها هدايا وذلك يتحقق بتبليغها الى الحرم فاذا وجد ذلك
جاز ذبحها في غير يوم النحر وفي ايام النحر افضل لان معنى القربة في اراقة الدم فيها اظهر اما دم المتعة
والقران فلقوله تعالى فكلوا منها واطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وقضاء التفث
يختص بيوم النحر ولانه دم نسك فيختص بيوم النحر كالاضحية ويجوز ذبح بقية الهدايا
في اي وقت شاء وقال الشافعي رح لا يجوز الا في يوم النحر اعتبارا بدم المتعة والقران
فان كل واحد منهما دم جبر عنده ولنا ان هذه دماء كفارات فلا تختص بيوم النحر لانها لما
وجبت لجبر النقصان كان التعجيل بها اولى لارتفاع النقصان بها من غير تاخير بخلاف دم المتعة
والقران لانه دم نسك قال ولا يجوز ذبح الهدايا الا في الحرم لقوله تعالى في جزاء الصيد هديا
بالغ الكعبة فصار اصلا في كل دم هو كفارة ولان الهدي اسم لما يهدى الى مكان وهو الحرم
قال عم منى كلها منحر وفجاج مكة كلها منحر ويجوز ان يتصدق بها على مساكين الحرم وغيرهم
خلافا للشافعي رح لان الصدقة قربة معقولة والصدقة على كل فقير قربة ولا يجب
التعريف بالهدايا لان الهدي ينبئ عن النقل الى مكان ليتقرب باراقة دمه فيه لا عن التعريف
فلا يجب فان عرف بهدي المتعة فحسن لانه موقت بيوم النحر فعسى ان لا يجد من يمسكه
فيحتاج الى ان يعرف به ولانه دم نسك فيكون مبناه على التشهير بخلاف دماء الكفارات لانه يجوز
ذبحها قبل يوم النحر على ما ذكرنا وسببها الجناية فيليق بها الستر والافضل في البدن
النحر وفي البقر والغنم الذبح لقوله تعالى فصل لربك وانحر قيل في تاويله الجزور
وقال الله تعالى ان تذبحوا بقرة وقال الله تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح ما اعد للذبح
وقد صح ان النبي عم نحر الابل وذبح البقر والغنم ثم ان شاء نحر الابل في الهدايا قياما
او اضجعها واي ذلك فعل فهو حسن والافضل ان ينحرها قياما لما روي ان النبي عم
نحر الهدايا قياما واصحابه كانوا ينحرونها قياما معقولة اليد اليسرى ولا يذبح البقرة
والغنم قياما لان في حالة الاضطجاع المذبح ابين فيكون الذبح ايسر والذبح هو
السنة فيهما والاولى ان يتولى ذبحها بنفسه ان كان يحسن ذلك لما روي ان النبي عم ساق
مائة بدنة في حجة الوداع فنحر نيفا وستين بنفسه وولى الباقي عليا رض ولانه قربة
والتولي في القربات اولى لما فيه من زيادة الخشوع الا ان الانسان قد لا يهتدي لذلك ولا
يحسنه فجوزنا توليته غيره قال ويتصدق بجلالها وخطامها ولا يعطي اجرة الجزار

منها ومن ساق بدنة فاضطر الى ركوبها ركبها وان استغنى عن ذلك لم يركبها لانه جعلها
خالصة لله تعالى فلا ينبغي ان يصرف شيئا من عينها او منافعها الى نفسه الى ان يبلغ محلها
الا ان يحتاج الى ركوبها وفي الاصل ولا يحلب لبنها فقال لو ركبها او حمل عليها متاعه فان كان
انه كان محتاجا اجزأ ولو ركبها فانتقصت بركوبه فعليه ضمان ما انتقص من ذلك وان كان لها
لبن لم يحلبها لان اللبن متولد منها فلا يصرفه الى حاجة نفسه وينضح ضرعها بالماء البارد
حتى ينقطع اللبن ولكن هذا اذا كان قريبا من وقت الذبح فان كان بعيدا منه يحلبها
ويتصدق بلبنها كيلا يضر ذلك بها فان صرفه الى حاجة نفسه تصدق بمثله او
بقيمته لانه مضمون عليه ومن ساق هديا فعطب فان كان تطوعا فليس عليه غيره لان القربة
تعلقت بهذا المحل وقد فات وان كان عن واجب فعليه ان يقيم غيره مقامه لان الواجب
باق في ذمته وان اصابه عيب كبير يقيم غيره مقامه لان المعيب بمثله لا يتأدى به
الواجب فلا بد من غيره وصنع بالمعيب ما شاء لانه التحق بسائر املاكه واذا عطبت
البدنة في الطريق فان كان تطوعا نحرها وصبغ نعلها بدمها وضرب بها صفحتها سنامها
ولم يأكل هو ولا غيره من الاغنياء بذلك امر رسول الله عليه السلام ناجية الاسلمي رضي الله عنه والمراد
بالنعل قلادتها وفائدة ذلك ان يعلم الناس انه هدي فيأكل منه الفقراء دون الاغنياء
وان لا ذن بتناوله معلق بشرط بلوغه محله فينبغي ان لا يحل قبل ذلك اصلا الا
ان التصدق على الفقراء افضل من ان يتركه جزرا للسباع وفيه نوع تقرب والتقرب
هو المقصود وان كانت واجبة اقام غيرها مقامها وصنع بها ما شاء لانها لم تبق صالحة
لما عينها وهو ملكه كسائر املاكه ويقلد هدي التطوع والمتعة والقران لانه دم نسك
وفي التقليد اظهاره وتشهيره فيليق به ولا يقلد دم الاحصار ولا دم الجنايات
لان سببها الجناية والستر اليق بها ودم الاحصار جابر فيلحق بجنسها ثم ذكر
الهدايا ومراده البدنة لانه لا يقلد الشاة عادة ولا يسن تقليدها عندنا لعدم
فائدة التقليد على ما تقدم والله اعلم

مسائل منثورة

اهل عرفة اذا وقفوا
في يوم وشهد قوم انهم وقفوا يوم النحر اجزاهم والقياس ان لا يجزيهم اعتبارا بما
اذا وقفوا يوم التروية وهذا لانه عبادة يختص بزمان ومكان فلا يقع عبادة دونهما
وجه الاستحسان ان هذه شهادة قامت على النفي وعلى امر لا يدخل تحت الحكم لان المقصود
منها نفي حجهم والحج لا يدخل تحت الحكم فلا تقبل ولان فيه بلوى عاما لتعذر الاحتراز
عنه والتدارك غير ممكن وفي الامر بالاعادة حرج بين فوجب ان يكتفى به عند
الاشتباه بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية لان التدارك ممكن في الجملة بان يزول الاشتباه
في يوم عرفة ولان جواز المؤخر له نظير ولا كذلك جواز المقدم وقالوا ينبغي للحاكم ان

لا يسمع هذه الشهادة ويقول قد تم حج الناس فانصرفوا لانه ليس فيها الا ايقاع
الفتنة وكذلك اذا شهدوا عشية عرفة برؤية الهلال ولا يمكنه الوقوف في بقية
الليل مع الناس او اكثرهم لم يعمل بتلك الشهادة قال ومن رمى في اليوم الثاني الجمرة
الوسطى والثالثة ولم يرم الاولى فان رمى الاولى ثم الباقيتين فحسن لانه
راعى الترتيب المسنون ولو رمى الاولى وحدها اجزاه لانه تدارك المتروك في وقته
وانما ترك الترتيب المسنون وقال الشافعي رحمه الله لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه شرع مرتبا
فصار كما اذا سعى قبل الطواف او بدا بالمروة قبل الصفا ولنا ان كل جمرة قربة
مقصودة بنفسها فلا يتعلق الجواز بتقديم البعض على البعض بخلاف السعي لانه
تابع للطواف لانه دونه والمروة عرفت منتهى السعي بالنص فلا يتعلق به البداية
ومن جعل على نفسه ان يحج ماشيا فانه لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة وفي الاصل
خيره بين الركوب والمشي وهذا اشارة الى الوجوب وهو الاصل لانه التزم القربة
بصفة الكمال فتلزمه بتلك الصفة كما اذا نذر بالصوم متتابعا وافعال الحج
تنتهي بطواف الزيارة فيمشي الى ان يطوف ثم قيل يبتدئ المشي من حين يحرم وقيل
من بيته لان الظاهر انه هو المراد ولو ركب اراق دما لانه ادخل نقصا فيه قالوا
انما يركب اذا بعدت المسافة وشق المشي واذا قربت والرجل ممن يعتاد المشي ولا
يشق عليه ينبغي ان لا يركب ومن باع جارية محرمة قد اذن لها في ذلك فللمشتري
ان يحللها ويجامعها وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان هذا عقد سبق ملكه فلا يتمكن من فسخه
كما اذا اشترى جارية منكوحة ولنا ان المشتري قائم مقام البائع وقد كان للبائع ان
يحللها فكذا للمشتري الا انه يكره ذلك للبائع لما فيه من خلف الوعد وهذا المعنى
لم يوجد في حق المشتري بخلاف النكاح لانه ما كان للبائع ان يفسخه اذا باشرته باذنه
فكذا لا يكون ذلك للمشتري واذا كان له ان يحللها لا يتمكن من ردها بالعيب عندنا وعند زفر
يتمكن لانه ممنوع عن غشيانها وذكر في بعض النسخ او يجامعها والاول يدل على انه يحللها
بغير الجماع بقص شعر او قلم ظفر ثم يجامع والثاني يدل على انه يحللها بالمجامعة لانها
لا تخلو عن تقديم مس يقع به التحلل والاولى ان يحللها بغير المجامعة تعظيما لامر الحج والله اعلم

كتاب النكاح

قال رحمة الله عليه النكاح ينعقد بالايجاب والقبول بلفظين يعبر بهما عن الماضي
لان الصيغة وان كانت للاخبار وضعا فقد جعلت للانشاء شرعا دفعا للحاجة
وينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالاخر عن المستقبل مثل ان يقول زوجني
فيقول زوجتك لان هذا توكيل بالنكاح والواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبينه

اي اذا شهدوا عشية يوم يعتقد الناس انه يوم التروية برؤية الهلال في ليلة يصير هذا اليوم باعتبارهم يوم عرفة فانه لا تقبل الشهادة لان اجتماع الناس في تلك الليلة متعذر فيقع الفتنة بهذه الشهادة ووقوع الفتنة
صدر الشريعة

ان شاء الله تعالى وينعقد بلفظ النكاح والتزويج والهبة والتمليك والصدقة وقال الشافعي
لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لان التزويج
للتلفيق والنكاح للضم ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوك اصلا ولنا ان التمليك
سبب لملك المتعة في محلها بواسطة ملك الرقبة وهو الثابت بالنكاح والسببية طريق
المجاز وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح لوجود طريق المجاز ولا ينعقد بلفظ الاجارة
في الصحيح لانها ليست بسبب لملك المتعة ولا بلفظ الاباحة والاحلال والاعارة لما قلنا
ولا بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت ولا ينعقد نكاح المسلمين
الا بحضور شاهدين حرين عاقلين بالغين مسلمين او رجل وامرأتين عدولا كانوا او غير
عدول او محدودين في القذف قال رضي الله عنه اعلم ان الشهادة شرط في باب النكاح لقوله عم
لا نكاح الا بشهود وهو حجة على مالك رح في اشتراط الاعلان دون الاشهاد ولا بد من
اعتبار الحرية فيها لان العبد لا شهادة له لعدم الولاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ
لانه لا ولاية بدونهما ولا بد من اعتبار الاسلام في انكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر
على المسلم ولا يشترط وصف الذكورة حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين وفيه خلاف
الشافعي رح وسنعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة
الفاسقين عندنا خلافا للشافعي رح له ان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من اهل
الاهانة ولنا انه من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية
على نفسه لاسلامه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه صلح مقلدا فيصلح مقلدا وكذا شاهدا
والمحدود في القذف من اهل الولاية فيكون من اهل الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء
بالنهي لجريمته فلا يبالي بفواته كما في شهادة العميان وابني العاقدين وان تزوج مسلم
ذمية بشهادة ذميين جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد وزفر رح لا يجوز
لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فكانهما لم يسمعا كلام المسلم
ولهما ان الشهادة شرطت في النكاح على اعتبار اثبات الملك لوروده على محل ذي خطر
لا على اعتبار وجوب المهر اذ لا شهادة تشترط في لزوم المال وهما شاهدان عليها
بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الزوج لان العقد ينعقد بكلاميهما والشهادة شرط على العقد
ومن امر رجلا بان يزوج ابنته الصغيرة فزوجها والاب حاضر بشهادة رجل واحد
سواهما جاز النكاح لان الاب يجعل مباشرا لاتحاد المجلس ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا
فيبقى المزوج شاهدا وان كان الاب غائبا لم يجز لان المجلس مختلف فلا يمكن ان يجعل الاب
مباشرا وعلى هذا اذا زوج الاب ابنته البالغة بحضرة شاهد واحد ان كانت حاضرة
جاز وان كانت غائبة لم يجز والله اعلم **فصل في المحرمات** قال ولا يحل للرجل ان يتزوج بامه ولا

بجداته من قبل الرجال والنساء لقوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم والجدات امهات اذ الام
هي الاصل لغة او ثبتت حرمتهن بالاجماع ولا ببنته لقوله تعالى وبناتكم ولا ببنت ولده
وان سفلت بالاجماع ولا باخته ولا ببنات اخته ولا ببنات اخيه ولا بعمته ولا بخالته
لان حرمتهن منصوص عليها في هذه الاية ويدخل فيها العمات والخالات المتفرقات وبنات الاخوة
المتفرقين لان جهة الاسم عامة ولا بام امرأته دخل بابنتها او لم يدخل لقوله تعالى وامهات
نسائكم من غير قيد بالدخول ولا ببنت امرأته التي دخل بها لثبوت قيد الدخول بالنص
وسواء كانت في حجره او في حجر غيره لان ذكر الحجر خرج مخرج العادة لا مخرج الشرط
ولهذا اكتفى في موضع الاحلال بنفي الدخول ولا بامرأة ابيه واجداده لقوله تعالى
ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم ولا بامرأة ابنه وبني اولاده لقوله تعالى وحلائل ابنائكم الذين
من اصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبني لا لاحلال حليلة الابن من الرضاعة
ولا بامه من الرضاعة ولا باخته من الرضاعة لقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم و
اخواتكم من الرضاعة ولقوله عم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ولا يجمع بين الاختين
نكاحا ولا بملك يمين وطئا لقوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولقوله عم من كان يؤمن بالله
واليوم الاخر فلا يجمعن ماءه في رحم اختين فان تزوج اخت امة له قد وطئها
صح النكاح لصدوره من اهله مضافا الى محله واذا جاز لا يطأ الامة وان كان لم يطأ
المنكوحة لان المنكوحة موطوءة حكما ولا يطأ المنكوحة للجمع الا اذا حرم الموطوءة على
نفسه بسبب من الاسباب فحينئذ يطأ المنكوحة لعدم الجمع ويطأ المنكوحة ان لم يكن
وطئ الامة لعدم الجمع وطئا اذ المرقوقة ليست بموطوءة حكما فان تزوج اختين في عقدتين
ولا يدري ايتهما اولى فرق بينه وبينهما لان نكاح احديهما باطل بيقين ولا وجه
الى التعيين لعدم الاولوية ولا الى التنفيذ مع التجهيل لعدم الفائدة او للضرر
فتعين التفريق ولهما نصف المهر لانه وجب للاولى منهما وانعدمت الاولوية للجهل
بالاولية فيصرف اليهما وقيل لا بد من دعوى كل واحدة منهما او الاصطلاح لجهالة المستحقة
ولا يجمع بين المرأة وعمتها او خالتها او ابنة اخيها او ابنة اختها لقوله عم لا تنكح المرأة
على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة اخيها ولا على ابنة اختها وهذا مشهور يجوز الزيادة
على الكتاب بمثله ولا يجمع بين امرأتين لو كانت احداهما رجلا لم يجز له ان يتزوج بالاخرى
لان الجمع بينهما يفضي الى القطيعة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة للقطع ولو كانت
المحرمية بسبب الرضاع يحرم لما روينا من قبل ولا بأس بان يجمع بين امرأة وابنة
زوج كان لها من قبل لانه لا قرابة بينهما ولا رضاع وقال زفر رح لا يجوز لان ابنة الزوج
لو صورتها ذكرا لا يجوز له التزويج بامرأة ابيه قلنا امرأة الاب لو صورتها ذكرا جاز له

التزويج بهذه والشرط ان يصدق ذلك من كل جانب ومن زنى بامراة حرمت عليه امها وابنتها وقال
الشافعي رح الزنى لا يوجب حرمة المصاهرة لانها نعمة فلا تنال بالمحظور ولنا ان الوطي
سبب الجزئية بواسطة الولد حتى يضاف الى كل واحد منهما كملا فتصير اصولها وفروعها
كاصوله وفروعه وكذلك على العكس والاستمتاع بالجزء حرام الا في موضع الضرورة
وهي الموطوءة والوطي محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا ومن مسته امراة بشهوة
حرمت عليه امها وابنتها وقال الشافعي رح لا تحرم وعلى هذا الخلاف مسه امراة بشهوة
ونظره الى فرجها ونظرها الى ذكره عن شهوة له ان المس والنظر ليسا في معنى الدخول
ولهذا لا يتعلق بهما فساد الصوم والاحرام ووجوب الاغتسال فلا يلحقان به ولنا
ان المس والنظر سبب داع الى الوطي فيقام مقامه في موضع الاحتياط ثم المس بشهوة
ان تنتشر الالة او تزداد انتشارا هو الصحيح والمعتبر النظر الى الفرج الداخل ولا يتحقق
ذلك الا عند اتكائها ولو مس فانزل فقد قيل يوجب الحرمة والصحيح انه لا يوجبها لانه
بالانزال تبين انه غير مفض الى الوطي وعلى هذا اتيان المراة في الدبر واذا طلق الرجل
امراته طلاقا بائنا او رجعيا لم يجز له ان يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها وقال الشافعي
ان كانت العدة عن طلاق بائن او ثلث يجوز لانقطاع النكاح بالكلية اعمالا للقاطع ولهذا
لو وطيها مع العلم بالحرمة يجب الحد ولنا ان نكاح الاولى قائم لبقاء احكامه كالنفقة
والمنع والفراش والقاطع تاخر عمله ولهذا بقي القيد والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق
وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لان الملك قد زال في حق الحل فيتحقق الزنا ولم يرتفع
في حق ما ذكرنا فيصير جامعا ولا يتزوج المولى امته ولا المراة عبدها لان النكاح ما شرع
الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين والمملوكية تنافي المالكية فيمتنع وقوع الثمرة
على الشركة ويجوز تزويج الكتابيات لقوله تعالى والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي
العفائف ولا فرق بين الكتابية الحرة والامة على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى
ولا يجوز تزويج المجوسيات لقوله عم سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا
اكلي ذبائحهم ولا الوثنيات لقوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ويجوز تزويج
الصابئات اذا كانوا يؤمنون بدين نبي ويقرون بكتاب لانهم من اهل الكتاب وان
كانوا يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم لم يجز مناكحتهم لانهم مشركون والخلاف
المنقول فيه محمول على اشتباه مذهبهم فكل اجاب على ما وقع عنده وعلى هذا حل ذبيحتهم
ويجوز للمحرم والمحرمة ان يتزوجا في حالة الاحرام وقال الشافعي رح لا يجوز وتزويج
الولي المحرم وليته على هذا الخلاف له قوله عم لا ينكح المحرم ولا ينكح ولنا ما روي انه عم
تزوج بميمونة رضي الله عنها وهو محرم وما رواه محمول على الوطي ويجوز تزويج الامة

مسلمة كانت او كتابية وقال الشافعي رح لا يجوز للحر ان يتزوج بامة كتابية لان جواز نكاح
الاماء ضروري عنده لما فيه من تعريض الولد على الرق وقد اندفعت الضرورة بالمسلمة
ولهذا جعل طول الحرة مانعا منه وعندنا الجواز مطلق لاطلاق المقتضي وفيه امتناع
عن تحصيل الجزء الحر لا ارقاقه وله ان لا يحصل الاصل فيكون له ان لا يحصل الوصف ولا
يتزوج امة على حرة لقوله عم لا تنكح الامة على الحرة وهو باطلاقه حجة على الشافعي رح
في تجويزه ذلك للعبد وعلى مالك في تجويزه على الحرة برضاها ولان للرق اثرا في تنصيف
النعمة على ما نقرره في الطلاق فيثبت به حل المحلية في حالة الانفراد دون حالة
الانضمام ويجوز تزويج الحرة عليها لقوله عم وتنكح الحرة على الامة ولانها من المحللات
في جميع الحالات اذ لا منصف في حقها فان تزوج امة على حرة في عدة من طلاق بائن او ثلث
لم يجز عند ابي حنيفة رح ويجوز عندهما لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم ولهذا
لو حلف لا يتزوج عليها لا يحنث بهذا ولابي حنيفة رح ان نكاح الحرة باق من وجه لبقاء
احكام النكاح فيبقى المنع احتياطا بخلاف اليمين لان المقصود ان لا يدخل في قسمها
غيرها وللحر ان يتزوج اربعا من الحرائر والاماء وليس له ان يتزوج اكثر من ذلك لقوله
تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع والتنصيص على العدد يمنع الزيادة
عليه وقال الشافعي رح لا يتزوج الا امة واحدة لانه ضروري عنده والحجة عليه
ما تلونا اذ الامة المنكوحة ينتظمها اسم النساء كما في الظهار ولا يجوز للعبد ان يتزوج
اكثر من اثنتين وقال مالك رح يجوز لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه
بغير اذن المولى ولنا ان الرق منصف فيتزوج العبد اثنتين والحر اربعا اظهارا
لشرف الحرية فان طلق الحر احدى الاربع طلاقا بائنا لم يجز له ان يتزوج رابعة حتى
تنقضي عدتها وفيه خلاف الشافعي رح وهو نظير نكاح الاخت في عدة الاخت فان تزوج
حبلى من زنا جاز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف النكاح فاسد وان كان الحمل ثابت النسب فالنكاح باطل بالاجماع
ولابي يوسف ان الامتناع في الاصل لحرمة الحمل وهذا الحمل محترم لانه لا جناية منه و
ولهذا لم يجز اسقاطه ولهما انها من المحللات بالنص وحرمة الوطي كيلا يسقي ماءه زرع
غيره والامتناع في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة للزاني فان تزوج حاملا
من السبي فالنكاح فاسد لانه ثابت النسب وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح
باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب ولدها منه من غير دعوة فلو صح النكاح لحصل
الجمع بين الفراشين الا انه غير متاكد حتى ينتفي الولد بالنفي من غير لعان فلا يعتبر
ما لم يتصل به الحمل ومن وطي جاريته ثم زوجها جاز النكاح لانها ليست بفراش لمولاها

فانها الوجات بولد لا ينفى نسبه من غير دعوة لان عليه ان يستبرئها صيانة لمائه فان جاز

النكاح فللزوج ان يطأها قبل الاستبراء عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا احب

له ان يطأها حتى يستبرئها لانه احتمل الشغل بماء المولى فوجب التنزه كما في الشراء

ولهما ان الحكم بجواز النكاح امارة الفراغ فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا

بخلاف الشراء لانه يجوز مع الشغل وكذا اذا رأى امرأة تزني فتزوجها حل له ان يطأها

قبل ان يستبرئها عندهما وقال محمد رح لا احب له ان يطأها ما لم يستبرئها والمعنى ما ذكرنا

ونكاح المتعة باطل وهو ان يقول لامرأة اتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك

رح هو جائز لانه كان مباحا فيبقى الى ان يظهر ناسخه قلنا ثبت النسخ باجماع الصحابة

وابن عباس رضي الله عنه صح رجوعه الى قولهم فتقرر الاجماع والنكاح الموقت باطل مثل ان

يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة ايام وقال زفر رح هو صحيح لازم لان النكاح

لا يبطل بالشروط الفاسدة ولنا انه اتى بمعنى المتعة والعبرة في العقود للمعاني

ولا فرق بين ما اذا طالت مدة التأقيت او قصرت لان التأقيت هو المعين لجهة

المتعة وقد وجد ومن تزوج امرأتين في عقدة واحدة احديهما لا يحل له نكاحها صح

نكاح التي يحل نكاحها وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احديهما بخلاف ما اذا جمع بين

حر وعبد في البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد في الحر شرط فيه ثم جميع

المسمى للتي يحل نكاحها عند ابي حنيفة رح وعندهما يقسم على مهر مثلهما وهي مسئلة الاصل

ومن ادعت عليه امرأة انه تزوجها فاقامت عليه بينة فجعلها القاضي امرأته ولم يكن

تزوجها وسعها المقام معه وان تدعه يجامعها وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف

اولا وفي قوله الآخر وهو قول محمد رح لا يسعه ان يطأها وهو قول الشافعي رحمه الله

لان القاضي اخطأ الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر انهم عبيد او كفار ولابي حنيفة

ان الشهود صدقة عنده وهو الحجة لتعذر الوقوف على حقيقة الصدق بخلاف الكفر

والرق لان الوقوف عليهما متيسر واذا ابتنى القضاء على الحجة وامكن تنفيذه باطنا

بتقديم النكاح ينفذ قطعا للمنازعة بخلاف الاملاك المرسلة لان في الاسباب تزاحما

فلا امكان والله اعلم

باب في الاولياء والاكفاء

وينعقد نكاح الحرة البالغة

العاقلة برضاها وان لم يعقد عليها ولي بكرا كانت او ثيبا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله

في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رح انه لا ينعقد الا بولي وعند محمد رح ينعقد موقوفا

وقال مالك والشافعي رح لا ينعقد النكاح بعبارة النساء اصلا لان النكاح يراد لمقاصده

والتفويض اليهن مخل بها الا ان محمدا رح يقول يرتفع الخلل باجازة الولي ووجه الجواز

انها تصرفت في خالص حقها وهي من اهله لكونها عاقلة بالغة مميزة ولهذا كان لها التصرف

في مالها ولها اختيار الازواج وانما يطالب الولي بالتزويج كيلا ينسب الى الوقاحة

ثم في ظاهر الرواية لا فرق بين الكفو وغير الكفو ولكن للولي حق الاعتراض في غير

الكفو وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه لا يجوز في غير الكفو لان كم من واقع لا يرفع ويروى

رجوع محمد رح الى قولهما ولا يجوز للولي اجبار البكر البالغة على النكاح خلافا للشافعي

الاعتبار بالصغيرة وهذا لانها جاهلة بامر النكاح لعدم التجربة ولهذا يقبض

الاب صداقها بغير امرها ولنا انها حرة مخاطبة فلا يكون للغير عليها ولاية والولاية

على الصغيرة لقصور عقلها وقد كمل بالبلوغ بدليل توجه الخطاب فصار كالغلام وكالتصرف

في المال وانما يملك الاب قبض الصداق برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها واذا

استأذنها فضحكت او سكتت فهو اذن لقوله عم البكر تستأمر في نفسها فان سكتت فقد

رضيت ولان جنبة الرضا فيه راجحة لانها تستحيي عن اظهار الرغبة لا عن الرد والضحك

ادل على الرضا من السكوت بخلاف ما اذا بكت لانه دليل السخط والكراهة وقيل اذا ضحكت

كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا قال فان فعل هذا غير

الولي يعني استأمر غير الولي او ولي غيره اولى منه لم يكن رضا حتى تتكلم به لان هذا السكوت لقلة الالتفات

الى كلامه فلم يقع دلالة على الرضا ولو وقع فهو محتمل والاكتفاء بمثله للحاجة ولا حاجة في حق غيره

الاولياء بخلاف ما اذا كان المستأمر رسول الولي لانه قائم مقامه ويعتبر في الاستئمار تسمية

الزوج على وجه تقع به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه ولا تشترط تسمية المهر

هو الصحيح لان النكاح صحيح بدونه ولو زوجها فبلغها الخبر فسكتت فهو على ما ذكرنا

لان وجه الدلالة في السكوت لا يختلف ثم المخبر ان كان فضوليا يشترط فيه العدد او العدالة

عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو كان رسولا لا يشترط اجماعا العدد ولا نظائر ولو استأذن

الثيب فلا بد من رضاها بالقول لقوله عم الثيب تشاور ولان النطق لا يعد عيبا

منها وقل الحياء بالممارسة فلا مانع من النطق في حقها واذا زالت بكارتها بوثبة او حيضة

او جراحة او تعنيس فهي في حكم الابكار لانها بكر حقيقة لان مصيبها اول مصيبها

ومنه الباكورة والبكرة ولانها تستحيي لعدم الممارسة ولو زالت بكارتها بزنا فهي

كذلك عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي رح لا يكتفى بسكوتها لانها ثيب حقيقة

لان مصيبها عائد اليها ومنه المثوبة والمثابة والتثويب ولابي حنيفة رحمه الله

ان الناس عرفوها بكرا فيعيبونها بالنطق فتمتنع عنه فيكتفى بسكوتها كيلا تتعطل عليها

مصالحها بخلاف ما اذا وطئت بشبهة او بنكاح فاسد لان الشرع اظهره حيث علق به احكاما

اما الزنا فقد ندب الى ستره حتى لو اشتهر حالها لا يكتفى بسكوتها واذا قال الزوج بلغك

النكاح فسكتت وقالت بل رددت فالقول قولها وقال زفر رح القول قوله لان

المراد من الولي هنا ابيها وجدها

لان السكوت اصل والرد عارض فصار كالمشروط له الخيار اذا ادعى الرد بعد مضي المدة
ونحن نقول انه يدعي لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تدفعه فكانت منكرة كالمودع
اذا ادعى رد الوديعة بخلاف مسئلة الخيار لان اللزوم قد ظهر بمضي المدة وان اقام
الزوج البينة على سكوتها ثبت النكاح لانه نور دعواه بالحجة وان لم يكن له بينة فلا
يمين عليها عند ابي حنيفة رح وهي مسئلة الاستحلاف في الاشياء الستة وسيأتيك في الدعوى
ان شاء الله تعالى ويجوز نكاح الصغير والصغيرة اذا زوجهما الولي بكرا كانت الصغيرة
او ثيبا والولي هو العصبة ومالك رح يخالفنا في غير الاب والشافعي رح في غير الاب والجد
وفي الثيب الصغيرة ايضا وجه قول مالك رح ان الولاية على الحرة باعتبار الحاجة ولا حاجة
لانعدام الشهوة الا ان ولاية الاب ثبتت نصا بخلاف القياس والجد ليس في معناه
فلا يلحق به قلنا لا بل هو موافق للقياس لان النكاح يتضمن المصالح ولا تتوفر المصالح
الا بين المتكافئين عادة ولا يتفق الكفء في كل زمان فاثبتنا الولاية في حالة الصغر
احرازا للكفء وجه قول الشافعي رح ان النظر لا يتم بالتفويض الى غير الاب لقصور
شفقته وبعد قرابته ولهذا لا يملك التصرف في المال مع انه ادنى رتبة فلان لا يملك التصرف
في النفس وانه اعلى اولى ولنا ان القرابة داعية الى النظر كما في الاب والجد وما فيه
من القصور اظهرناه في سلب ولاية الالزام بخلاف التصرف في المال لانه يتكرر فلا يمكن
تدارك الخلل ولا تتحقق الولاية الا ملزمة ومع القصور لا تثبت ولاية الالزام وجه قوله
في المسئلة الثانية ان الثيابة سبب لحدوث الرأي لوجود الممارسة فادرنا الحكم عليها
تيسيرا ولنا ما ذكرنا من تحقق الحاجة ووفور الشفقة ولا ممارسة تحدث الرأي
بدون الشهوة فيدار الحكم على الصغر ثم الذي يؤيد كلامنا فيما تقدم قوله عم الانكاح
الى العصبات من غير فصل والترتيب في العصبات في ولاية الانكاح كالترتيب في الارث
والابعد محجوب بالاقرب فان زوجهما الاب والجد يعني الصغير والصغيرة فلا
خيار لهما بعد بلوغهما لانهما كاملا الرأي وافرا الشفقة فيلزم العقد بمباشرتهما
كما اذا باشره برضاهما بعد البلوغ وان زوجهما غير الاب والجد فلكل واحد منهما الخيار
اذا بلغ ان شاء اقام على النكاح وان شاء فسخ وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف
لا خيار لهما اعتبارا بالاب والجد ولهما ان قرابة الاخ ناقصة والنقصان يشعر بقصور
الشفقة فيتطرق الخلل الى المقاصد عسى والتدارك ممكن بخيار الادراك واطلاق الجواب
في غير الاب والجد يتناول الام والقاضي هو الصحيح من الرواية لقصور الرأي في احدهما
ونقصان الشفقة في الاخر فيتخير ثم يشترط فيه القضاء بخلاف خيار العتق لان
الفسخ هنا لدفع ضرر خفي وهو تمكن الخلل ولهذا يشمل الذكر والانثى فجعل الزاما

في حق الاخر فيفتقر الى القضاء وخيار العتق لدفع ضرر جلي وهو زيادة الملك
عليها ولهذا يختص بالانثى فاعتبر دفعا والدفع لا يفتقر الى القضاء ثم عندهما اذا
بلغت الصغيرة وقد علمت بالنكاح فسكتت فهو رضاء وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار
حتى تعلم فتسكت شرط العلم باصل النكاح لانها لا تتمكن من التصرف الا به والولي ينفرد به
فعذرت ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لمعرفة احكام الشرع
والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة لان الامة لا تتفرغ لمعرفتها
فتعذر بالجهل بثبوت الخيار ثم خيار البكر يبطل بالسكوت ولا يبطل خيار
الغلام ما لم يقل رضيت او يجيء منه فعل يعلم انه رضي وكذلك الجارية
اذا دخل بها الزوج قبل البلوغ اعتبارا لهذه الحالة بحالة ابتداء النكاح
وخيار البلوغ في حق البكر لا يمتد الى اخر المجلس ولا يبطل بالقيام في حق الثيب
والغلام لانه ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم الخلل فانما يبطل بالرضاء غير ان
سكوت البكر رضاء بخلاف خيار العتق لانه ثبت باثبات المولى وهو الاعتاق فيعتبر فيه
المجلس كما في خيار المخيرة ثم الفرقة بخيار البلوغ ليس بطلاق لانها تصح من الانثى ولا طلاق
اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذي ملكها وهو مالك
للطلاق فان مات احدهما قبل البلوغ ورثه الاخر وكذا اذا مات بعد البلوغ قبل التفريق
لان اصل العقد صحيح والملك الثابت به قد انتهى بالموت بخلاف مباشرة الفضولي
اذا مات احد الزوجين قبل الاجازة لان النكاح ثمة موقوف فيبطل بالموت وههنا
نافذ فيتقرر به ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون لانه لا ولاية لهم على انفسهم
فاولى ان لا تثبت على غيرهم ولان هذه ولاية نظرية ولا نظر في التفويض الى هؤلاء
ولا ولاية للكافر على مسلمة لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا
ولهذا لا تقبل شهادته عليه ولا يتوارثان اما الكافر فتثبت له ولاية الانكاح على ولده
الكافر لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم اولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه
ويجري بينهم التوارث ولغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج عند ابي حنيفة
معناه عند عدم العصبات وهذا استحسان وقال محمد رح لا تثبت وهو القياس وهو رواية
عن ابي حنيفة وقول ابي يوسف رح في ذلك مضطرب والاشهر انه مع محمد رح
لهما ما روينا ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة غير الكفء اليها والى
العصبات الصيانة ولابي حنيفة رح ان الولاية نظرية والنظر يتحقق بالتفويض
الى من هو مختص بالقرابة الباعثة على الشفقة ومن لا ولي لها يعني العصبة من جهة
القرابة اذا زوجها مولاها الذي اعتقها جاز لانه اخر العصبات واذا عدم الاولياء

فالولاية الى الام والحاكم لقوله عم السلطان ولي من لا ولي له واذا غاب الولي الاقرب غيبة منقطعة جاز لمن هو ابعد منه ان يزوج وقال زفر رح لا يجوز لان ولاية الاقرب قائمة لانه ثبت حقا له صيانة للقرابة فلا يبطل بغيبته ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد مع ولايته ولنا ان هذه ولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان كما اذا مات الاقرب ولو زوجها حيث هو فيه منع وبعد التسليم نقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير والاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فايهما عقد نفذ ولا يرد والغيبة المنقطعة ان يكون في بلد لا تصل اليه القوافل في السنة الا مرة واحدة وهو اختيار القدوري وقيل ادنى مدة السفر لانه لا نهاية لاقصاه وهو اختيار بعض المتأخرين وقيل اذا كان بحال يفوت الكفؤ الخاطب باستطلاع رأيه وهذا اقرب الى الفقه لانه لا نظر في ابقاء ولايته حينئذ واذا اجتمع في المجنونة ابوها وابنها فالولي في نكاحها ابنها في قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ابوها لانه اوفر شفقة من الابن ولهما ان الابن هو المقدم في العصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا معتبر بزيادة الشفقة كاب الام مع بعض العصبات

فصل في الكفاءة

الكفاءة في النكاح معتبرة قال عليه السلام الا لا يزوج النساء الا الاولياء ولا يزوجن الا من الاكفاء ولان انتظام المصالح بين المتكافئين عادة لان الشريفة تأبى ان تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش واذا زوجت المرأة نفسها من غير كفؤ فللاولياء ان يفرقوا بينهما دفعا للضرر والعار عن انفسهم والكفاءة تعتبر في النسب لانه يقع به التفاخر فقريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض والاصل فيه قوله عم قريش بعضهم اكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم اكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم اكفاء لبعض رجل برجل ولا يعتبر التفاضل فيما بين قريش لما روينا وعن محمد رح الا ان يكون نسبا مشهورا كاهل بيت الخلافة كانه قال تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة وبنو باهلة ليسوا باكفاء لعامة العرب لانهم معروفون بالخساسة واما الموالي فمن كان له ابوان في الاسلام فصاعدا فهو من الاكفاء يعني لمن كان له اباء فيه ومن اسلم بنفسه او له اب واحد في الاسلام لا يكون كفؤا لمن كان له ابوان في الاسلام لان تمام النسب بالاب والجد وابو يوسف رح الحق الواحد بالمثنى كما هو مذهبه في التعريف ومن اسلم بنفسه لا يكون كفؤا لمن كان له اب واحد في الاسلام لان التفاخر فيما بين

الموالي بالاسلام والكفاءة في الحرية نظيرها في الاسلام في جميع ما ذكرنا لان الرق اثر الكفر وفيه معنى الذل فيعتبر في حكم الكفاءة قال ويعتبر ايضا في الدين اي في الديانة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح هو الصحيح لانه من اعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد رح لا تعتبر لانه من امور الآخرة فلا يبنى عليه احكام الدنيا الا اذا كان يصفع ويسخر منه او يخرج الى الاسواق سكران ويلعب به الصبيان لانه مستخف به وتعتبر في المال وهو ان يكون مالكا للمهر والنفقة وهذا هو المعتبر في ظاهر الرواية حتى ان من لا يملكهما او لا يملك احدهما لا يكون كفؤا لان المهر بدل البضع فلا بد من ايفائه وبالنفقة قوام الازدواج ودوامه والمراد بالمهر قدر ما تعارفوا تعجيله لان ما وراءه مؤجل عرفا وعن ابي يوسف رح انه اعتبر القدرة على النفقة دون المهر لانه تجري المساهلة في المهور ويعد المرء قادرا عليه بيسار ابيه فاما الكفاءة في الغنا فمعتبرة في قول ابي حنيفة ومحمد رح حتى ان الفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لان الناس يتفاخرون بالغنا ويتعيرون بالفقر وقال ابو يوسف رح وعن ابي حنيفة رح في ذلك روايتان وعن ابي يوسف رح انها لا تعتبر الا ان يفحش كالحجام والحائك والدباغ وجه الاعتبار ان الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وجه القول الآخر ان الحرفة ليست بلازمة ويمكن التحول عن الخسيسة الى النفيسة منها واذا زوجت المرأة نفسها ونقصت عن مهر مثلها فللاولياء الاعتراض عليها عند ابي حنيفة رح حتى يتم لها مهر مثلها او يفارقها وقالا ليس لهم ذلك وهذا الوضع انما يصح على قول محمد رح على اعتبار قوله المرجوع اليه في النكاح بغير الولي وقد صح ذلك وهذه شهادة صادقة عليه ولهما ان ما زاد على العشرة حقها ومن اسقط حقه لا يعترض عليه كما بعد التسمية ولابي حنيفة رح ان الاولياء يفتخرون بغلاء المهور ويتعيرون بنقصانها فاشبه الكفاءة بخلاف الابراء بعد التسمية لانه لا يتعيرون به واذا زوج الاب بنته الصغيرة ونقص من مهرها او ابنه الصغير وزاد في مهر امرأته جاز ذلك عليهما ولا يجوز ذلك لغير الاب والجد وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام انه لا يجوز العقد عندهما لان الولاية مقيدة بشرط النظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر مثلها ليس من النظر في شيء كما في البيع ولهذا لا يملك ذلك غير الاب والجد ولابي حنيفة رح ان الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفي النكاح مقاصد تربو على المهر اما المالية فهي المقصود في التصرف المالي والدليل عدمناه في حق غيرهما ومن زوج ابنته وهي صغيرة عبدا او زوج ابنه وهو صغير امة فهو جائز قال رض

وهذا عند ابي حنيفة لان الاعراض عن الكفاءة لمصلحة تفوقها عندهما صحيح ولا يظهر ذلك في حق الكفاءة ولا يحيط به علم

فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها

ويجوز لابن العم ان يزوج بنت عمه من نفسه وقال زفر لا يجوز واذا اذنت المرأة للرجل
ان يزوجها من نفسه فعقد بحضرة الشاهدين جاز وقال الشافعي لا يجوز له ان الواحد
لا يصلح ان يكون مملكا ومتملكا كما في البيع الا ان الشافعي يقول في الولي ضرورة لانه لا يتولاه
سواه ولا ضرورة في حق الوكيل ولنا ان الوكيل في النكاح سفير ومعبر والتمانع
في الحقوق دون التعبير ولا ترجع الحقوق اليه بخلاف البيع لانه مباشر حتى رجعت
الحقوق اليه واذا تولى طرفيه فقوله زوجت يتضمن الشطرين فلا يحتاج الى القبول
وتزويج العبد والامة بغير اذن مولاهما موقوف فان اجازه المولى جاز وان رده
بطل وكذلك لو زوج رجل امرأة بغير رضاها او رجلا بغير رضاه وهذا عندنا فان كل عقد صدر
من الفضولي وله مجيز انعقد موقوفا على الاجازة وقال الشافعي تصرفات الفضولي
كلها باطلة لان العقد وضع لحكمه والفضولي لا يقدر على اثبات الحكم فيلغو ولنا
ان ركن التصرف صدر من اهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فينعقد موقوفا
حتى اذا رأى المصلحة فيه ينفذه وقد يتراخى حكم العقد عن العقد ومن قال اشهدوا اني
قد تزوجت فلانة فبلغها الخبر فاجازت فهو باطل وان قال آخر اشهدوا اني قد
زوجتها منه فبلغها الخبر فاجازت جاز وكذلك ان كانت المرأة هي التي قالت
جميع ذلك وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا زوجت نفسها غائبا فبلغه
فاجاز جاز وحاصل هذا ان الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين او فضوليا
من جانب واصيلا من جانب عندهما خلافا له ولو جرى العقد بين الفضوليين او بين الفضولي
والاصيل جاز بالاجماع هو يقول لو كان مأمورا من الجانبين ينفذ فاذا كان فضوليا يتوقف
وصار كالخلع والطلاق والاعتاق على مال ولهما ان الموجود شطر العقد لانه شطر حالة
الحضرة فكذا عند الغيبة وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس كما في البيع بخلاف
المأمور من الجانبين لانه ينتقل كلامه الى العاقدين وما جرى بين الفضوليين عقد تام
وكذا الخلع واختاه لانه تصرف يمين من جانبه حتى يلزم فيتم به ومن امر رجلا ان يزوجه
امرأة فزوجه اثنتين في عقدة لم يلزمه واحدة منهما لانه لا وجه الى تنفيذهما
للمخالفة ولا الى التنفيذ في احديهما غير عين للجهالة ولا الى التعيين لعدم الاولوية
فتعين التفريق ومن امره امير بان يزوجه امرأة فزوجه امة لغيره جاز عند ابي حنيفة
رجوعا الى اطلاق اللفظ وعدم التهمة وقالا لا يجوز الا ان يزوجه كفوا لان المطلق ينصرف
الى المتعارف وهو التزوج بالاكفاء قلنا العرف مشترك او هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا

مسئلة
قال آخر اشهدوا اني قد زوجت فلانة امرأة

وذكر في الوكالة ان اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل احد لا يعجز
عن التزوج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزوج بالاكفاء والله اعلم

باب المهر

ويصح النكاح وان لم يسم فيه مهرا لان النكاح عقد انضمام وازدواج لغة فيتم بالزوجين
ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح وكذا اذا تزوجها
بشرط ان لا مهر لها لما بينا وفيه خلاف مالك واقل المهر عشرة دراهم وقال الشافعي
ما يجوز ان يكون ثمنا في البيع يجوز ان يكون مهرا في النكاح لانه حقها فيكون التقدير اليها
ولنا قوله عليه السلام لا مهر اقل من عشرة دراهم ولانه حق الشرع وجوبا اظهارا لشرف المحل
فيتقدر بما له خطر وهو العشرة استدلالا بنصاب السرقة ولو سمى اقل من العشرة فلها
العشرة عندنا وقال زفر لها مهر المثل لان تسمية ما لا يصلح مهرا كانعدامه ولنا ان
فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فاما ما يرجع الى حقها فقد رضيت
بالعشرة لرضاها بما دونها ولا معتبر بانعدام التسمية لانها قد ترضى بالتمليك من غير عوض
تكرما ولا ترضى فيه بالعوض اليسير ولو طلقها قبل الدخول بها تجب خمسة عند علمائنا
الثلاثة وعنده تجب المتعة كما اذا لم يسم شيئا ومن سمى عشرة فما زاد فعليه المسمى ان
دخل بها او مات عنها لان بالدخول يتحقق تسليم المبدل وبه يتأكد البدل وبالموت ينتهي
النكاح نهايته والشيء بانتهائه يتقرر ويتأكد فيتقرر بجميع مواجبه وان طلقها قبل الدخول
او الخلوة فلها نصف المسمى لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن الآية والاقيسة
متعارضة ففيه تفويت الزوج الملك على نفسه باختياره وفيه عود المعقود عليه اليها
سالما فكان المرجع فيه النص وشرط ان يكون قبل الخلوة لانها كالدخول عندنا على ما نبينه
ان شاء الله تعالى وان تزوجها ولم يسم لها مهرا او تزوجها على ان لا مهر لها فلها مهر مثلها
ان دخل بها او مات عنها وقال الشافعي لا يجب شيء في الموت واكثرهم على انه يجب في الدخول
له ان المهر خالص حقها فتتمكن من نفيه ابتداء كما تتمكن من اسقاطه انتهاء ولنا ان المهر وجوبا
حق الشرع على ما مر وانما يصير حقها في حالة البقاء فتملك الابراء دون النفي ولو طلقها
قبل الدخول بها فلها المتعة لقوله تعالى ومتعوهن على الموسع قدره الآية ثم هذه المتعة
واجبة رجوعا الى الامر وفيه خلاف مالك والمتعة ثلاثة اثواب من كسوة مثلها وهي درع
وخمار وملحفة وهذا التقدير مروي عن عائشة وابن عباس وقوله من كسوة مثلها
اشارة الى انه يعتبر حالها وهو قول الكرخي في المتعة الواجبة لقيامها مقام مهر
المثل والصحيح انه يعتبر حاله عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى
المقتر قدره ثم هي لا تزاد على نصف مهر مثلها ولا تنقص عن خمسة دراهم ويعرف ذلك

وان تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم تراضيا على تسمية فهي لها ان دخل بها او مات عنها وان
طلقها قبل الدخول بها فلها المتعة وعلى قول ابي يوسف الاول لها نصف هذا المفروض وهو
قول الشافعي رحمه الله لانه مفروض فيتنصف بالنص ولنا ان هذا الفرض تعيين للواجب
بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والمراد بما تلا الفرض في العقد
اذ هو الفرض المتعارف وان زادها في المهر بعد العقد لزمته الزيادة خلافا لزفر رحمه الله
وسنذكره في زيادة الثمن والمثمن ان شاء الله تعالى واذا صحت الزيادة تسقط بالطلاق قبل
الدخول وعلى قول ابي يوسف اولا تتنصف مع الاصل لان التنصيف عنده يختص بالمفروض
في العقد وعندنا المفروض بعده كالمفروض فيه على ما مر وان حطت عنه من مهرها صح
الحط لان المهر بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء واذا خلا الرجل بامرأته وليس هناك
مانع من الوطي ثم طلقها فلها كمال المهر وقال الشافعي رحمه الله لها نصف المهر لان المعقود عليه
انما يصير مستوفى بالوطي فلا يتأكد المهر دونه ولنا انها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع
وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وان كان احدهما مريضا او صائما في رمضان
او محرما بحج فرض او نفل او بعمرة او كانت حائضا فليست الخلوة صحيحة حتى لو طلقها كان لها
نصف المهر لان هذه الاشياء موانع اما المرض فالمراد منه ما يمنع الجماع او يلحقه به ضرر وقيل
مرضه لا يعرى عن تكسر وفتور وهذا التفصيل في مرضها وصوم رمضان لما يلزمه من القضاء
والكفارة والاحرام لما يلزمه من الدم وفساد النسك والقضاء والحيض مانع طبعا وشرعا
وان كان احدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية
المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح وصوم القضاء والمنذور كالتطوع في رواية
لانه لا كفارة فيه والصلاة بمنزلة الصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله واذا خلا المجبوب
بامرأته ثم طلقها فلها كمال المهر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه نصف المهر لانه اعجز من المريض بخلاف
العنين لان الحكم ادير على سلامة الآلة ولابي حنيفة رحمه الله ان المستحق عليها التسليم في حق السحق
وقد اتت به قال وعليها العدة في جميع هذه المسائل احتياطا استحسانا لتوهم الشغل والعدة
حق الشرع والولد فلا تصدق في ابطال حق الغير بخلاف المهر لانه مال لا يحتاط في ايجابه
وذكر القدوري رحمه الله في شرحه ان المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان
حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة وتستحب المتعة لكل مطلقة الا لمطلقة
واحدة وهي التي طلقها الزوج قبل الدخول بها وقد سمى لها مهرا وقال الشافعي رحمه الله تجب
لكل مطلقة الا لهذه لانها وجبت صلة من الزوج لانه اوحشها بالفراق الا ان في هذه الصورة
نصف المهر طريقه المتعة لان الطلاق فسخ في هذه الحالة والمتعة لا تتكرر ولنا ان المتعة خلف
عن مهر المثل في المفوضة لانه سقط مهر المثل ووجبت المتعة والعقد يوجب العوض فكان

الثمن والمثمن
بدل

خلفا والخلف لا يجامع الاصل ولا شيئا منه فلا تجب مع وجوب شيء من المهر وهو غير جان
في الايحاش فلا يلحقه الغرامة به فكانت من باب الفضل واذا زوج الرجل بنته على ان يزوجه
المزوج بنته او اخته ليكون احد العقدين عوضا عن الآخر فالعقدان جائزان وقال الشافعي
بطل العقدان لانه جعل نصف البضع صداقا والنصف منكوحة ولا اشتراك في هذا
الباب فيبطل الايجاب ولنا انه سمى ما لا يصلح صداقا فيصح العقد ويجب مهر المثل كما اذا
سمى الخمر والخنزير ولا شركة بدون الاستحقاق وان تزوج حر امرأة على خدمته سنة
او على تعليم القرآن فلها مهر مثلها وقال محمد رحمه الله لها قيمة خدمته سنة وان تزوج عبد حرة
باذن مولاها على خدمته سنة جاز ولها خدمته وقال الشافعي رحمه الله لها تعليم القرآن والخدمة
في الوجهين لان ما يصلح اخذ العوض عنه بالشرط يصلح مهرا عنده لانه بذلك تتحقق المعاوضة
فصار كما اذا تزوجها على خدمة حر آخر او على رعي الزوج غنمها ولنا ان المشروع انما هو
الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على اصلنا وخدمة العبد ابتغاء بالمال
لتضمنه تسليم رقبته ولا كذلك الحر ولان خدمة الزوج الحر لا يجوز استحقاقها بعقد النكاح
لما فيه من قلب الموضوع بخلاف خدمة حر آخر برضاه لانه لا مناقضة وبخلاف رعي الاغنام
لانه من باب القيام بامور الزوجية فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية ثم على قول محمد رحمه الله
تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا انه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوج على
عبد الغير وعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله يجب مهر المثل لان الخدمة ليست بمال اذ لا تستحق
فيه بحال فصار كتسمية الخمر والخنزير وهذا لان تقومها بالعقد للضرورة فاذا لم يجب
تسليمها في العقد لم يظهر تقومها فيبقى الحكم للاصل وهو مهر المثل فان تزوجها على
الف فقبضتها ووهبتها له ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بخمسمائة لانه لم يصل اليه
بالهبة عين ما يستوجبه لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ
وكذا اذا كان المهر مكيلا او موزونا او شيئا آخر في الذمة لعدم تعينها فان لم تقبض الالف حتى وهبتها له
ثم طلقها قبل الدخول بها لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء وفي القياس
يرجع عليها بنصف الصداق وهو قول زفر رحمه الله لانه سلم المهر له بالابراء فلا تبرأ عما يستحقه
بالطلاق قبل الدخول وجه الاستحسان انه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول
وهو براءة ذمته عن نصف المهر فلا يبالي باختلاف السبب عند حصول المقصود ولو قبضت
خمسمائة ثم وهبت الالف كلها المقبوض وغيره او وهبت الباقي ثم طلقها قبل الدخول بها
لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليها بنصف ما قبضت اعتبارا
للبعض بالكل ولان هبة البعض حط فيلتحق باصل العقد ولابي حنيفة رحمه الله ان مقصود
الزوج قد حصل وهو سلامة نصف الصداق بلا عوض فلا يستوجب الرجوع عند الطلاق

او شيئا صح

والحط لا يلتحق بأصل العقد في النكاح ألا ترى أن الزيادة فيه لا تلتحق حتى لا تتنصف
ولو كانت وهبت أقل من النصف وقبضت الباقي فعنده يرجع عليها إلى تمام النصف وعندهما
بنصف المقبوض ولو كان تزوجها على عرض فقبضته أو لم تقبض فوهبته له ثم
طلقها قبل الدخول بها لم يرجع عليها بشيء وفي القياس وهو قول زفر رح يرجع عليها بنصف
قيمته لأن الواجب فيه رد نصف عين المهر على ما مر تقريره وجه الاستحسان أن حقه عند
الطلاق سلامة نصف المقبوض من جهتها وقد وصل إليه ولهذا لم يكن لها دفع شيء آخر
مكانه بخلاف ما إذا كان المهر دينا وبخلاف ما إذا باعته منه لأنه وصل إليه ببدل ولو تزوجها
على حيوان أو عروض في الذمة فكذلك الجواب لأن المقبوض متعين في الرد وهذا لأن الجهالة
تحملت في النكاح فإذا عين يصير كأن التسمية وقعت عليه وإن تزوجها على ألف على أن لا
يخرجها من البلد أو على أن لا يتزوج عليها أخرى فإن وفى بالشرط فلها المسمى لأنه صلح مهرا وقد
تم رضاها به وإن تزوج عليها أخرى أو أخرجها فلها مهر مثلها لأنه سمى ما لها فيه نفع فعند فواته
ينعدم رضاها بالألف فيكمل مهر مثلها كما في تسمية الكرامة والهدية مع الألف ولو تزوجها
على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها فإن أقام بها فلها الألف وإن أخرجها فلها مهر المثل لا يزاد
على الألفين ولا ينقص عن الألف عند أبي حنيفة رح وقالا الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها
الألف إن أقام بها والألفان إن أخرجها وقال زفر رح الشرطان جميعا فاسدان ويكون لها
مهر مثلها لا ينقص عن الألف ولا يزاد على الألفين وأصل المسئلة في الإجارات في قوله إن خطته
اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلك نصف درهم وسنبينها فيها إن شاء الله تعالى ولو
تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد فإن كان مهر مثلها أقل من أوكسهما فلها الأوكس وإن كان
أكثر من أرفعهما فلها الأرفع وإن كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند أبي حنيفة رح وقالا لها
الأوكس في ذلك كله وإن طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الأوكس في ذلك كله بالإجماع
لهما أن المصير إلى مهر المثل لتعذر إيجاب المسمى وقد أمكن إيجاب الأوكس إذ الأقل متيقن فصار
كالخلع والإعتاق على مال وله أن الموجب الأصلي مهر المثل إذ هو الأعدل والعدول
عنه عند صحة التسمية وقد فسدت لمكان الجهالة بخلاف الخلع والإعتاق على مال لأنه لا موجب له
في البدل إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فالمرأة رضيت بالحط وإن كان أنقص من الأوكس
فالزوج رضي بالزيادة والواجب في الطلاق قبل الدخول في مثله المتعة ونصف الأوكس
يزيد عليها في العادة فوجب لاعترافه بالزيادة وإذا تزوجها على حيوان غير موصوف صحت
التسمية ولها الوسط منه والزوج مخير إن شاء أعطاها ذلك وإن شاء أعطاها قيمته قال
رضي الله عنه معنى هذه المسئلة أن يسمي جنس الحيوان دون الوصف بأن يتزوجها على فرس أو حمار أما إذا
لم يسم الجنس بأن تزوجها على دابة لا تجوز التسمية ويجب مهر المثل وقال الشافعي رحمه الله

يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لأن عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى في النكاح
إذ كل واحد منهما معاوضة ولنا أنه معاوضة مال بغير مال فجعلناه التزام المال ابتداء
حتى لا يفسد بأصل الجهالة كالدية والأقارير وشرطنا أن يكون المسمى مالا وسطه معلوم
رعاية للجانبين وذلك عند إعلام الجنس لأنه يشتمل على الجيد والرديء والوسط ذو حظ
منهما بخلاف جهالة الجنس لأنه لا وسط لاختلاف معاني الأجناس وبخلاف البيع لأن مبناه على
المضايقة والمماكسة أما النكاح فمبناه على المسامحة وإنما يتخير لأن الوسط لا يعرف إلا بالقيمة
فصارت أصلا في حق الإيفاء والعبد أصل تسمية فيتخير بينهما وإذا تزوجها على ثوب غير موصوف
فلها مهر المثل معناه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه أن هذه جهالة الجنس إذ الثياب أجناس
ولو سمى جنسا بأن قال هروي تصح التسمية ويخير الزوج لما بينا وكذا إذا بالغ في وصف
الثوب في ظاهر الرواية لأنه ليس من ذوات الأمثال وكذا إذا سمى مكيلا أو موزونا وسمى جنسه
دون صفته وإن سمى جنسه وصفته لا يخير لأن الموصوف منهما يثبت دينا في الذمة ثبوتا صحيحا
فإن تزوج مسلم على خمر أو خنزير فالنكاح جائز ولها مهر مثلها لأن شرط قبول الخمر شرط فاسد
فيصح النكاح ويلغو الشرط بخلاف البيع لأنه يبطل بالشروط الفاسدة لكن لم تصح التسمية
لما أن المسمى ليس بمال في حق المسلم فوجب مهر المثل فإن تزوج امرأة على هذا الدن من الخل
فإذا هو خمر فلها مهر مثلها عند أبي حنيفة رح وقالا لها مثل وزنه خلا وإن تزوجها على هذا العبد
فإذا هو حر يجب مهر المثل عند أبي حنيفة ومحمد رح وقال أبو يوسف تجب القيمة لأبي يوسف أنه أطمعها مالا
مالا وعجز عن تسليمه فتجب قيمته أو مثله إن كان من ذوات الأمثال كما إذا تزوج على عبد وهلك
العبد المسمى قبل التسليم وأبو حنيفة رح يقول اجتمعت الإشارة والتسمية فتعتبر الإشارة
لكونها أبلغ في المقصود وهو التعريف فكأنه تزوج على خمر أو خنزير ومحمد رح يقول الأصل
في المسمى إن كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه لأن المسمى موجود في المشار إليه
ذاتا والوصف يتبعه وإن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى لأن المسمى مثل للمشار إليه وليس
بتابع له والتسمية أبلغ في التعريف من حيث إنها تعرف الماهية والإشارة تعرف الذات
ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه ياقوت فإذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس
ولو اشترى فصا على أنه ياقوت أحمر فإذا هو أخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس وفي مسئلتنا
العبد مع الحر جنس واحد لقلة التفاوت في المنافع والخمر مع الخل جنسان لفحش التفاوت في المقاصد
فإن تزوجها على هذين العبدين فإذا أحدهما حر فليس لها إلا الباقي إذا ساوى عشرة دراهم
عند أبي حنيفة رح لأنه مسمى ووجوب المسمى وإن قل يمنع وجوب مهر المثل وقال أبو يوسف رح
لها العبد وقيمة الحر لو كان عبدا لأنه أطمعها سلامة العبدين وعجز عن تسليم أحدهما فتجب
قيمته وقال محمد رح وهو رواية عن أبي حنيفة لها العبد الباقي وتمام مهر مثلها إن كان مهر مثلها

اكثر من العبد لانهما لو كانا حرين يجب تمام مهر المثل عنده فاذا كان احدهما عبدا يجب العبد وتمام
مهر المثل واذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا مهر لها لان المهر
فيه لا يجب بمجرد العقد لفساده وانما يجب باستيفاء منافع البضع وكذا بعد الخلوة لان الخلوة
فيه لا يثبت بها التمكن فلا تقام مقام الوطي فان دخل بها فلها مهر مثلها لا يزاد على المسمى عندنا
خلافا لزفر وهو يعتبره بالبيع الفاسد ولنا ان المستوفى ليس بمال وانما يتقوم بالتسمية
فان زادت على مهر مثلها لم تجب الزيادة لعدم صحة التسمية وان نقصت لم تجب الزيادة
على المسمى لانعدام التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم في نفسه فيتقدر بدله بقيمته وعليها العدة
الحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط وتحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها
من وقت التفريق لا من آخر الوطآت هو الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها
بالتفريق ويثبت نسب ولدها لان النسب يحتاط في اثباته احياء للولد فيترتب على الثابت من وجه
وتعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد وعليه الفتوى لان النكاح الفاسد ليس بداعي
اليه والاقامة باعتباره ولا ... ومهر مثلها يعتبر باخواتها وعماتها وبنات عمها لقول ابن مسعود
لها مهر مثل نسائها وهن اقارب الاب ولان الانسان من جنس قوم ابيه وقيمة الشيء
انما تعرف بالنظر في قيمة جنسه ولا يعتبر بامها وخالتها اذا لم تكونا من قبيلتها لما بينا فان كانت
الام من قوم ابيها بان كانت بنت عمه فحينئذ يعتبر بمهرها لما انها من قوم ابيها ويعتبر في مهر
المثل ان تتساوى المرأتان في السن والجمال والمال والعقل والدين والبلد والعصر والعفة
لان مهر المثل يختلف باختلاف هذه الاوصاف وكذا يختلف باختلاف الدار والعصر وقالوا
يعتبر التساوي ايضا في البكارة لانه يختلف بالبكارة والثيوبة وان ضمن الولي المهر صح
ضمانه لانه من اهل الالتزام وقد اضافه الى ما يقبله فيصح ثم المرأة بالخيار في مطالبتها
زوجها او وليها اعتبارا بسائر الكفالات ويرجع الولي اذا ادى على الزوج ان كان بامره
كما هو الرسم في الكفالة وكذا يصح هذا الضمان وان كانت المرأة صغيرة بخلاف ما اذا
باع الاب مال الصغير وضمن الثمن لان الولي سفير ومعبر في النكاح وفي البيع عاقد
مباشر حتى يرجع الحقوق عليه ويصح ابراؤه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويملك
قبضه بعد بلوغه فلو صح الضمان يصير ضامنا لنفسه وولاية قبض المهر للاب بحكم الابوة
لا باعتبار انه عاقد الا ترى انه لا يملك قبضه بعد بلوغها فلا يصير ضامنا لنفسه قال
وللمرأة ان تمنع زوجها من نفسها حتى تأخذ المهر وتمنعه ان يخرجها اي يسافر بها ليتعين حقها
في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل فصار كالبيع وليس للزوج ان يمنعها من السفر
والخروج من منزله وزيارة اهلها حتى يوفيها المهر كله اي المعجل لان حق الحبس لاستيفاء
المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء ولو كان المهر كله مؤجلا ليس لها ان تمنع نفسها

نفسها لاسقاطها حقها بالتأجيل كما في البيع وفيه خلاف ابي يوسف رحمه الله وان دخل بها فكذلك
الجواب عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لها ان تمنع نفسها والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت
مكرهة او كانت صبية او مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق وعلى هذا الخلاف الخلوة بها
برضاها ويبتنى على هذا استحقاق النفقة لهما ان المعقود عليه كله قد صار مسلما اليه بالوطأة
الواحدة وبالخلوة ولهذا يتأكد بها جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع
وله انها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطأة تصرف في البضع المحترم فلا يخلى عن العوض ابانة
لخطره والتأكد بالواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ثم اذا وجد آخر وصار معلوما
فتحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالعبد اذا جنى جناية يدفع كله بها ثم اذا جنى
جناية اخرى واخرى يدفع جميعه بها واذا اوفاها مهرها نقلها الى حيث شاء لقوله تعالى
اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها لان الغريب يؤذى
وفي قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة ومن تزوج امرأة ثم اختلفا في المهر فالقول قول
المرأة الى مهر مثلها والقول قول الزوج فيما زاد على مهر المثل وان طلقها قبل الدخول بها
فالقول قوله في نصف المهر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف القول قوله قبل
الطلاق وبعده الا ان يأتي بشيء قليل ومعناه ما لا يتعارف مهرا لها هو الصحيح لابي يوسف رحمه الله
ان المرأة تدعي الزيادة والزوج ينكرها والقول قول المنكر مع يمينه الا ان يأتي بشيء
يكذبه الظاهر فيه وهذا لان تقوم منافع البضع ضروري فمتى امكن ايجابه شيء من المسمى
لا يصار اليه ولهما ان القول في الدعاوي قول من يشهد له الظاهر والظاهر شاهد لمن يشهد له
مهر المثل لانه هو الموجب الاصلي في باب النكاح وصار كالصباغ مع صاحب الثوب اذا اختلفا
في مقدار الاجر يحكم قيمة الصبغ ثم ذكر ههنا ان بعد الطلاق قبل الدخول القول قوله
في نصف المهر وهذا رواية الجامع الصغير والاصل وذكر في الجامع الكبير انه يحكم متعة
مثلها وهو قياس قولهما لان المتعة موجبة بعد الطلاق كمهر المثل قبله فتحكم كهو ووجه
التوفيق انه وضع المسألة في الاصل في الالف والالفين والمتعة لا تبلغ هذا المبلغ
في العادة فلا يفيد تحكيمها ووضعها في الجامع الكبير في العشرة والمائة ومتعة مثلها
عشرون فيفيد تحكيمها والمذكور في الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ما هو
المذكور في الاصل وشرح قولهما فيما اذا اختلفا حال قيام النكاح ان الزوج اذا ادعى
الالف والمرأة الالفين فان كان مهر مثلها الفا او اقل فالقول قوله وان كان الفين او
اكثر فالقول قولها وايهما اقام البينة في الوجهين تقبل وان اقاما البينة ففي الوجه الاول
تقبل بينتها لانها تثبت الزيادة وفي الوجه الثاني بينته لانها تثبت الحط وان كان مهر مثلها
الفا وخمسمائة تحالفا واذا حلفا يجب الف وخمسمائة وهذا تخريج الرازي رحمه الله وقال الكرخي

يتنصف في الفصول الثلاثة ثم يحكم بمهر المثل بعد ذلك ولو كان الاختلاف في اصل المسمى يجب مهر
المثل بالاجماع لانه هو الاصل عند محمد وعندهما تعذر القضاء بالمسمى فيصار اليه ولو كان الاختلاف
بعد موت احدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت احدهما
ولو كان الاختلاف بعد موتهما في المقدار فالقول قول ورثة الزوج عند ابي حنيفة رح ولا يستثنى
القليل وعند محمد الجواب فيه كالجواب في حالة الحياة وان كان في اصل المسمى فعند ابي حنيفة
القول قول من انكر فالحاصل انه لا حكم لمهر المثل عنده بعد موتهما على ما نبينه ان شاء الله تعالى
قال واذا مات الزوجان وقد سمى لها مهرا فلورثتها ان ياخذوا ذلك من ميراث الزوج وان لم يكن
سمى لها مهرا فلا شيء لورثتها عند ابي حنيفة وقالا لورثتها المهر في الوجهين معناه المسمى في الوجه
الاول ومهر المثل في الوجه الثاني اما الاول فلان المسمى دين في ذمته وقد تاكد بالموت فيقضى
من تركته الا اذا علم انها ماتت اولا فيسقط نصيبه من ذلك واما الثاني فوجهه ان مهر المثل
صار دينا في ذمته كالمسمى فلا يسقط بالموت كما اذا مات احدهما ولابي حنيفة رح ان موتهما يدل
على انقراض اقرانهما فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل ومن بعث الى امراته شيئا فقالت هو
هدية وقال الزوج هو من المهر فالقول قوله لانه هو المملك فكان اعرف بجهة التمليك
كيف وان الظاهر انه يسعى في اسقاط الواجب قال الا في الطعام الذي يوكل فان القول
قولها والمراد منه ما يكون مهيئا للاكل لانه يتعارف هدية فاما الحنطة والشعير فالقول
قوله لما بينا وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيره ليس له ان يحتسبه من المهر لان الظاهر
يكذبه

فصل واذا تزوج النصراني نصرانية على ميتة او على غير مهر وذلك في دينهم
جائز فدخل بها او طلقها قبل الدخول بها او مات عنها فليس لها مهر وكذلك الحربيان في دار
الحرب وهذا عند ابي حنيفة وهو قولهما في الحربيين واما في الذمية فلها مهر مثلها ان مات عنها
او دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وقال زفر لها مهر المثل في الحربيين
ايضا له ان الشرع ما شرع ابتغاء النكاح الا بالمال وهذا الشرع وقع عاما فيثبت الحكم على
العموم ولهما ان اهل الحرب غير ملتزمين احكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة
لتباين الدارين بخلاف اهل الذمة لانهم التزموا احكامنا فيما يرجع الى المعاملات كالربا
والزنى وولاية الالزام متحققة لاتحاد الدار ولابي حنيفة رح ان اهل الذمة لا يلتزمون
احكامنا في الديانات وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات وولاية الالزام بالسيف
والمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا امرنا ان نتركهم وما يدينون
فصاروا كاهل الحرب بخلاف الزنى لانه حرام في الاديان كلها والربا مستثنى عن عقودهم
لقوله عم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وقوله في الكتاب او على غير مهر يحتمل
نفي المهر ويحتمل السكوت وقد قيل في الميتة والسكوت روايتان والاصح ان الكل على

الخلاف فان تزوج ذمي ذمية على خمر او خنزير ثم اسلما او اسلم احدهما فلها الخمر والخنزير
ومعناه اذا كانا باعيانهما والاسلام قبل القبض وان كانا بغير اعيانهما فلها في الخمر
القيمة وفي الخنزير مهر المثل وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف لها مهر المثل في الوجهين
جميعا وقال محمد لها القيمة في الوجهين وجه قولهما ان القبض موكد للملك في المقبوض
فيكون له شبه بالعقد فيمتنع بسبب الاسلام كالعقد وصار كما اذا كانا بغير اعيانهما
واذا التحقت حالة القبض بحالة العقد فابو يوسف يقول لو كانا مسلمين وقت العقد يجب
مهر المثل فكذا ههنا ومحمد يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا انه امتنع التسليم
بالاسلام فيجب القيمة كما اذا هلك العبد المسمى قبل القبض ولابي حنيفة رح ان الملك
بالصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه وبالقبض ينتقل من ضمان
الزوج الى ضمانها وذلك لا يمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب وفي غير المعين
القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام بخلاف المشتري لان ملك التصرف فيه
انما يستفاد بالقبض واذا تعذر القبض في غير المعين لا يجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات
القيم فيكون اخذ قيمته كاخذ عينه ولا كذلك الخمر لانه من ذوات الامثال الا ترى انه
لو جاء بالقيمة قبل الاسلام تجبر على القبول في الخنزير دون الخمر ولو طلقها قبل الدخول
بها فمن اوجب مهر المثل اوجب المتعة ومن اوجب القيمة اوجب نصفها والله اعلم

باب نكاح الرقيق

لا يجوز نكاح العبد والامة الا باذن مولاهما وقال مالك رح يجوز للعبد لانه يملك
الطلاق فيملك النكاح ولنا قوله عم ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان في
تنفيذ نكاحهما تعييبهما اذ النكاح عيب فيهما فلا يملكانه بدون اذن مولاهما و
وكذلك المكاتب لان الكتابة اوجبت فك الحجر في حق الكسب فبقي في حق النكاح على
حكم الرق ولهذا لا يملك المكاتب تزويج عبده ويملك تزويج امته لانه من باب الاكتساب
وكذلك المكاتبة لا تملك تزويج نفسها بدون اذن المولى وتملك تزويج امتها لما بينا
وكذلك المدبر وام الولد لان الملك فيهما قائم واذا تزوج العبد باذن مولاه فالمهر دين
في رقبته يباع فيه لان هذا دين وجب في رقبة العبد لوجود سببه من اهله وقد
ظهر في حق المولى لصدور الاذن من جهته فيتعلق برقبته دفعا للمضرة عن اصحاب
الديون كما في دين التجارة والمدبر والمكاتب يسعيان في المهر ولا يباعان فيه لانهما
لا يحتملان النقل من ملك الى ملك مع بقاء الكتابة والتدبير فيؤدى من كسبهما لا من نفسهما
واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها او فارقها فليس هذا باجازة
لانه يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو اليق

بخلاف العبد المشترك وهو ان في نكاح الحر عليه اولى وان قال طلقها تطليقة تملك الرجعة
فهذا اجازة لان الطلاق الرجعي لا يكون الا في نكاح صحيح فيتعين الاجازة ومن قال
لعبد تزوج هذه الامة فتزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها فانه يباع في المهر عند
ابي حنيفة رح وقالا يؤخذ منه اذا اعتق واصله ان الاذن بالنكاح ينتظم الفاسد
والجائز عنده فيكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى وعندهما ينصرف الى الجائز لا غير
فلا يكون هذا المهر ظاهرا في حق المولى فيؤخذ به بعد العتاق ولهما ان المقصود من النكاح
في المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف
الى الجائز بخلاف البيع لان بعض المقاصد حاصل وهو ملك التصرف وله ان اللفظ مطلق
فيجري على اطلاقه كما في البيع وبعض المقاصد في النكاح الفاسد حاصل كالنسب
ووجوب المهر والعدة على اعتبار وجود الوطي ومسئلة اليمين ممنوعة على هذه
الطريقة ومن زوج عبدا مأذونا له امرأة جاز والمرأة اسوة للغرماء في مهرها ومعناه
اذا كان النكاح بمهر المثل ووجهه ان سبب ولاية المولى ملك الرقبة على ما نذكر والنكاح
لا يلاقي حق الغرماء بالابطال مقصودا الا انه اذا صح النكاح وجب الدين بسبب
لا مرد له فشابه دين الاستهلاك وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة فبمهر مثلها
اسوة للغرماء ومن زوج امة فليس عليه ان يبوئها بيت الزوج لكنها تخدم المولى
ويقال للزوج متى ظفرت بها وطئتها لان حق المولى في الاستخدام باق والتبوئة
ابطال له فان بوأها معه بيتا فلها النفقة والسكنى والا فلا لان النفقة تقابل
الاحتباس ولو بوأها بيتا ثم بدا له ان يستخدمها له ذلك لان الحق باق لبقاء الملك
فلا يسقط بالتبوئة كما لا يسقط بالنكاح قال رض ذكر تزويج المولى عبده وامته
ولم يذكر رضاهما وهذا يرجع الى مذهبنا ان للمولى اجبارهما على النكاح وعند الشافعي رح
لا اجبار في العبد وهو رواية عن ابي حنيفة رح لان النكاح من خصائص الادمية والعبد
داخل تحت ملك المولى من حيث انه مال فلا يملك انكاحه بخلاف الامة لانه مالك منافع
بضعها فيملك تمليكها ولنا ان الانكاح اصلاح ملكه لان فيه تحصينه عن الزنا الذي
هو سبب الهلاك والنقصان فيملكه اعتبارا بالامة بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا
بالاحرار تصرفا فيشترط رضاهما ومن زوج امته ثم قتلها قبل ان يدخل بها زوجها فلا مهر لها
عند ابي حنيفة رح يعني لمولاها وقالا يجب المهر لمولاها اعتبارا بموتها حتف انفها وهذا
لان المقتول ميت باجله فصار كما اذا قتلها اجنبي وله انه منع المبدل قبل التسليم
فيجازى بمنع البدل كما اذا ارتدت الحرة والقتل في احكام الدنيا جعل اتلافا حتى
وجب القصاص والدية فكذا في حق المهر وان قتلت حرة نفسها قبل ان يدخل بها زوجها

فلها المهر خلافا لزفر رح هو يعتبره بالردة وبقتل المولى امته والجامع بينهما ما بيننا
ولنا ان جناية المرء على نفسه غير معتبرة في حق احكام الدنيا فشابه موتها حتف انفها
بخلاف قتل المولى امته لانه يعتبر في حق احكام الدنيا حتى يجب الكفارة عليه واذا تزوج
امة فالاذن في العزل الى المولى عند ابي حنيفة رح وعن ابي يوسف ومحمد رح ان الاذن اليها لان الوطي
حقها حتى تثبت لها ولاية المطالبة وفي العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها كما في
الحرة بخلاف الامة المملوكة لانه لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وجه ظاهر الرواية ان
العزل يخل بمقصود الولد وهو حق المولى فيعتبر رضاه وبهذا فارقت الحرة وان تزوجت
امة باذن مولاها ثم اعتقت فلها الخيار حرا كان زوجها او عبدا لقوله عم لبريرة رضي الله
عنها حين عتقت ملكت بضعك فاختاري والتعليل بملك البضع صدر مطلقا
فينتظم الفصلين والشافعي يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا وهو محجوج به ولانه
يزداد الملك عليها عند العتق فيملك الزوج بعده ثلث تطليقات فتملك رفع اصل العقد
دفعا للزيادة وكذلك المكاتبة يعني اذا تزوجت باذن مولاها ثم عتقت وقال زفر
رح لا خيار لها لان العقد نفذ عليها برضاها وكان المهر لها فلا معنى لاثبات الخيار
بخلاف الامة لانه لا يعتبر رضاها ولنا ان العلة ازدياد الملك وقد وجدناها
في المكاتبة لان عدتها قرءان وطلاقها ثنتان وان تزوجت امة بغير اذن مولاها
ثم اعتقت صح النكاح لانها من اهل العبارة وامتناع النفوذ لحق المولى وقد زال
ولا خيار لها لان النفوذ بعد العتق فلا يتحقق زيادة الملك كما اذا زوجت نفسها
بعد العتق وان كانت تزوجت بغير اذنه على الف ومهر مثلها مائة فدخل بها زوجها
ثم اعتقها مولاها فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى وان لم يدخل بها حتى
اعتقها فالمهر لها لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر الالف المسمى لان نفاذ
العقد بالعتق استند الى وقت وجود العقد فصحت التسمية ووجب المسمى ولهذا
لم يجب مهر اخر بالوطي في نكاح موقوف لان العقد قد اتحد باستناد النفاذ فلا يوجب
الا مهرا واحدا ومن وطئ امة ابنه فولدت منه فهي ام ولد له وعليه قيمتها ولا مهر عليه
ومعنى المسئلة ان يدعيه الاب ووجهه ان له ولاية تملك مال ابنه للحاجة الى البقاء فله
تملك جاريته للحاجة الى صيانة الماء غير ان الحاجة الى ابقاء نسله دونها الى ابقاء نفسه
فلهذا يتملك الجارية بالقيمة والطعام بغير القيمة ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد
شرطا له اذ المصحح حقيقة الملك او حقه وكل ذلك غير ثابت للاب فيها حتى يجوز له التزوج
بها فلا بد من تقديمه فتبين ان الوطي يلاقي ملكه فلا يلزمه العقر وقال زفر والشافعي
رح يجب المهر لانهما يثبتان الملك حكما للاستيلاد كما في الجارية المشتركة وحكم الشيء يعقبه

والمسألة معروفة ولو تزوجها أبوه فولدت منه لم تصر أم ولد له ولا قيمة عليه وعليه
المهر وولدها حر لأنه صح التزوج عندنا خلافاً للشافعي فيما يخلو عن الملك الا ترى
أن الأب يملك إيلادها من كل وجه في الحال أن يملكها الأب من وجه ولكن يملك التصرف فلما انتفى
عنها ملك الأب لا مجال فدل على انتفاء ملكه الا أنه يسقط الحد للشبهة فاذا جاز النكاح
صار ماؤه مصوناً به فلم يثبت ملك اليمين فلا تصير أم ولد له ولا قيمة عليه فيها ولا في ولدها
لأنه لم يملكها وعليه المهر لالتزامه بالنكاح وولدها حر لأنه ملكه أخوه فعتق عليه وإذا كانت
الحرة تحت عبد فقالت لمولاه أعتقه عني بألف ففعل فسد النكاح وقال زفر رح لا يفسد وأصله
أنه يقع العتق عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء له ولو نوى به الكفارة يخرج عن عهدتها وعنده
يقع عن المأمور لأنه طلب أن يعتق المأمور عبده عنه وهذا محال لأنه لا عتق فيما لا يملكه
ابن آدم فلم يصح الطلب فيقع العتق عن المأمور ولنا أنه أمكن تصحيحه بتقديم الملك
بطريق الاقتضاء إذ الملك شرط لصحة العتق عنه فيصير قوله أعتق عني طلب التمليك
منه بالألف ثم أمره بإعتاق عبد الآمر عنه وقوله أعتقت تمليكاً منه ثم الإعتاق عنه
وإذا ثبت الملك للآمر فسد النكاح للتنافي بين الملكين ولو قالت أعتقه عني ولم تسم مالاً
لم يفسد النكاح والولاء للمعتق وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رح وقال أبو يوسف رح هذا والأول
سواء لأنه يقدم التمليك بغير عوض تصحيحاً لتصرفه ويسقط اعتبار القبض كما
إذا كان عليه كفارة ظهار فأمر غيره أن يطعم عنه ولهما أن الهبة من شرطها القبض بالنص
فلا يمكن إسقاطه ولا إثباته اقتضاء لأنه فعل حسي بخلاف البيع لأنه تصرف شرعي وفي
تلك المسألة الفقير ينوب عن الآمر في القبض وأما العبد فلا يقع في يده شيء ليتوب عنه

باب نكاح أهل الشرك

وإذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه
وهذا عند أبي حنيفة رح وقال زفر رح النكاح فاسد في الوجهين إلا أنه لا يتعرض لهم قبل
الإسلام والمرافعة إلى الحكام وقالا في الوجه الأول كما قال أبو حنيفة رح وفي الوجه الثاني
كما قال زفر رح له أن الخطابات عامة على ما مر من قبل فتلزمهم وإنما لا يتعرض لهم لذمتهم إعراضاً
لا تقريراً فإذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما أن حرمة نكاح المعتدة
مجمع عليها فكانوا ملتزمين بها وحرمة النكاح بغير شهود مختلف فيها ولم يلتزموا أحكامنا
بجميع الاختلافات ولأبي حنيفة رح أن الحرمة لا يمكن إثباتها حقاً للشرع لأنهم لا يخاطبون
بحقوقه ولا وجه إلى إيجاب العدة حقاً للزوج لأنه لا يعتقده بخلاف ما إذا كانت
تحت مسلم لأنه يعتقده فإذا صح النكاح فحالة المرافعة والإسلام حالة البقاء
والشهادة ليست شرطاً فيها وكذا العدة لا تنافيها كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة فإذا

فإن تزوج المجوسي أمه أو ابنته ثم أسلما فرق بينهما لأن نكاح المحارم له حكم البطلان فيما بينهم
عندهما كما ذكرنا في العدة ووجب التعرض بالإسلام فيفرق وعنده له حكم الصحة في الصحيح
إلا أن المحرمية تنافي بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة لأنها لا تنافيه ثم بإسلام أحدهما
يفرق بينهما وبمرافعة أحدهما لا يفرق عنده خلافاً لهما والفرق أن استحقاق أحدهما
لا يبطل بمرافعة صاحبه إذ لا يتغير به اعتقاده أما اعتقاد المصر لا يعارض إسلام
المسلم لأن الإسلام يعلو ولا يعلى ولو ترافعا فرق بالإجماع لأن مرافعتهما كتحكيمهما ولا يجوز
أن يتزوج المرتد مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لأنه مستحق القتل والإمهال ضرورة التأمل
والنكاح يشغله فلا يشرع في حقه وكذا المرتدة لا يتزوجها مسلم ولا كافر لأنها محبوسة
للتأمل وخدمة الزوج تشغلها ولأنه لا ينتظم بينهما المصالح والنكاح ما شرع لعينه بل
لمصالحه فإن كان أحد الزوجين مسلماً فالولد على دينه وكذا إذا أسلم أحدهما وله ولد
صغير صار ولده مسلماً بإسلامه لأن في جعله تبعاً له نظراً له ولو كان أحدهما كتابياً والآخر مجوسياً
فالولد كتابي حتى يجوز للمسلم مناكحته ويحل ذبيحته لأن فيه نوع نظر له إذ المجوسية شر
والشافعي رح يخالفنا فيه للتعارض ونحن بينا الترجيح وإذا أسلمت المرأة وزوجها
كافر عرض القاضي الإسلام فإن أسلم فهي امرأته وإن أبى فرق بينهما وكان ذلك طلاقاً عند أبي حنيفة
ومحمد رح وإن أسلم الزوج وتحته مجوسية عرض عليها الإسلام فإن أسلمت فهي امرأته وإن أبت
فرق القاضي بينهما ولم تكن الفرقة طلاقاً وقال أبو يوسف رح لا يكون الفرقة طلاقاً
في الوجهين أما العرض فمذهبنا وقال الشافعي رح لا يعرض الإسلام لأن فيه تعرضاً
لهم وقد ضمنا بعقد الذمة أن لا نتعرض لهم إلا أن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد
فينقطع بنفس الإسلام وبعده متأكد فيتأجل إلى انقضاء ثلاث حيض كما في الطلاق ولنا
أن المقاصد وهي الملك والأولاد والولد وقضاء الشهوة وغيرها قد فاتت فلا بد من سبب
تبتنى عليه الفرقة والإسلام طاعة لا يصلح سبباً فيعرض الإسلام لتحصل المقاصد
بالإسلام أو تثبت الفرقة بالإباء وجه قول أبي يوسف رح أن الفرقة بسبب يشترك
فيه الزوجان فلا تكون طلاقاً كالفرقة بسبب الملك ولهما أن بالإباء امتنع عن الإمساك
بالمعروف مع قدرته عليه بالإسلام فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب
والعنة أما المرأة فليست بأهل للطلاق فلا ينوب منابها عند إبائها ثم إذا فرق بينهما
بإبائها فلها المهر إن دخل بها لتأكده بالدخول وإن لم يكن دخل بها فلا مهر لها لأن الفرقة
جاءت من قبلها والمهر لم يتأكد فأشبه الردة والمطاوعة وإذا أسلمت المرأة في دار
الحرب وزوجها كافر أو أسلم الحربي وتحته مجوسية لم تقع الفرقة عليها حتى تحيض
ثلاث حيض ثم تبين من زوجها وهذا لأن الإسلام ليس سبباً للفرقة والعرض على الإسلام

متعذر لعصمة الولاية ولا بد من الفرقة دفعاً للفساد فاقمنا شرطها وهو مضي الحيض مقام
السبب كما في حفر البئر ولا فرق بين المدخول بها وغير المدخول بها والشافعي رح يفصل
كما مر له في دار الاسلام واذا وقعت الفرقة والمرأة حربية فلا عدة عليها وان كانت هي
المسلمة فكذلك عند ابي حنيفة رح خلافاً لهما وسياتيك ان شاء الله تعالى واذا اسلم زوج
الكتابية فهما على نكاحهما لانه يصح النكاح بينهما ابتداء فلان يبقى اولى واذا خرج احد الزوجين
الينا من دار الحرب مسلماً وقعت البينونة بينهما وقال الشافعي رح لا تقع ولو سبي احد
الزوجين وقعت البينونة وان سبيا معاً لم تقع وقال الشافعي رح تقع فالحاصل
ان السبب هو التباين عندنا دون السبي وهو يعكسه له ان التباين اثره في انقطاع الولاية
وذلك لا يؤثر في الفرقة كالحربي المستأمن والمسلم المستأمن اما السبي فيقتضي الصفاء
للسابي ولا يتحقق الا بانقطاع النكاح ولهذا يسقط الدين عن ذمة المسبي ولنا ان مع
التباين حقيقة وحكماً لا ينتظم المصالح فشابه المحرمية والسبي يوجب ملك الرقبة وهو
لا ينافي النكاح ابتداء فكذلك بقاء وصار كالشراء ثم هو يقتضي الصفاء في محل عمله وهو المال
لا في محل النكاح وفي المستأمن لم تتباين الدار حكماً لقصده الرجوع واذا خرجت المرأة الينا
مهاجرة جاز ان تتزوج ولا عدة عليها عند ابي حنيفة رح وقالا عليها العدة لان الفرقة
وقعت بعد الدخول في دار الاسلام فيلزمها حكم الاسلام ولابي حنيفة رح انها اثر
النكاح المتقدم وجبت اظهاراً لخطره ولا خطر لملك الحربي ولهذا لا تجب على المسبية
وان كانت حاملاً لم تتزوج حتى تضع حملها وعن ابي حنيفة انه يصح النكاح ولا يقربها الزوج
حتى تضع حملها كما في الحبلى من الزنا وجه الاول انه ثابت النسب فاذا ظهر الفراش في حق
النسب يظهر في حق المنع من النكاح احتياطاً واذا ارتد احد الزوجين والعياذ بالله
عن الاسلام وقعت الفرقة بغير طلاق وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح
ان كانت الردة من الزوج فهي فرقة بطلاق وهو يعتبره بالاباء والجامع ما بيناه وابو يوسف
مر على ما اصلنا له في الاباء وابو حنيفة رح فرق ووجه الفرق ان الردة منافية للنكاح
لكونها منافية للعصمة والطلاق رافع فتعذر ان تجعل طلاقاً بخلاف الاباء لانه يفوت به الامساك
بالمعروف فيجب التسريح على ما مر ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف بالردة
ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونصف المهر ان لم يدخل بها وان كانت هي
المرتدة فلها المهر ان دخل بها وان لم يدخل بها فلا مهر لها ولا نفقة لان الفرقة جاءت من قبلها
واذا ارتدا معاً ثم اسلما معاً فهما على نكاحهما استحساناً وقال زفر رح يبطل لان ردة احدهما
منافية وفي ردتهما ردة احدهما ولنا ما روي ان بني حنيفة ارتدوا ثم اسلموا ولم يأمرهم
الصحابة رض بتجديد الانكحة والارتداد منهم واقع معاً لجهالة التاريخ ولو اسلم احدهما بعد الارتداد

الارتداد فسد النكاح بينهما لاصرار الآخر على الردة لانه منافٍ كابتدائها والله اعلم

باب القسم

واذا كان للرجل امرأتان حرتان فعليه ان يعدل بينهما في القسم بكرين كانتا او ثيبين او كانت
احديهما بكراً والاخرى ثيباً لقوله عم من كانت له امرأتان ومال الى احديهما في القسم جاء يوم القيامة
وشقه مائل وعن عائشة رض ان النبي عم كان يعدل في القسم بين نسائه وكان يقول اللهم ان
هذا قسمي فيما املك فلا تؤاخذني فيما لا املك يعني زيادة المحبة ولا فصل فيما روينا
والجديدة والقديمة سواء لاطلاق ما روينا ولان القسم من حقوق النكاح ولا تفاوت بينهن
في ذلك والاختيار في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقها
والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتني على النشاط فان كانت
احديهما حرة والاخرى امة فللحرة الثلثان من القسم وللامة الثلث بذلك ورد الاثر ولان
حل الامة انقص من حل الحرة فلا بد من اظهاره في الحقوق والمكاتبة والمدبرة
وام الولد بمنزلة الامة لان الرق فيهن قائم ولا حق لهن في القسم حالة السفر
فيسافر الزوج بمن شاء منهن والاولى ان يقرع بينهن فيسافر بمن خرجت قرعتها
وقال الشافعي رح القرعة مستحقة لما روي ان النبي عم كان اذا اراد سفراً اقرع بين
نسائه الا انا نقول ان القرعة لتطييب قلوبهن فيكون من باب الاستحباب وهذا لانه لا حق
للمرأة عند مسافرة الزوج الا ترى ان له ان لا يستصحب واحدة منهن فكذا له ان يسافر
بواحدة منهن ولا يحتسب عليه تلك المدة واذا رضيت احدى الزوجات بترك قسمها
لصاحبتها جاز لان سودة بنت زمعة رضي الله عنها سألت رسول الله عم ان يراجعها
وتجعل يوم نوبتها لعائشة رض ولها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقاً لم يجب بعد فلا يسقط

كتاب الرضاع

قليل الرضاع وكثيره اذا حصل في مدة الرضاع تعلق به التحريم وقال الشافعي رحمه الله
لا يثبت التحريم الا بخمس رضعات لقوله عم لا تحرم المصة والمصتان ولا الاملاجة
والاملاجتان ولنا قوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم الآية وقوله عم يحرم من
الرضاع ما يحرم من النسب من غير فصل ولان الحرمة وان كانت لشبهة البعضية الثابتة
بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه امر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع وما رواه
مردود بالكتاب او منسوخ به وينبغي ان يكون في مدة الرضاع على ما نبين ثم مدة
الرضاع ثلاثون شهراً عند ابي حنيفة رح وقالا سنتان وهو قول الشافعي رح وقال
زفر رح ثلاثة احوال لان الحول حسن للتحول من حال الى حال ولا بد من الزيادة على الحولين
لما بينا فيقدر به ولهما قوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهراً ومدة الحمل ادناه

ستة اشهر فبقي للفصال حولان وقالا لا رضاع بعد حولين ولابي حنيفة رح ولهما

وجه انه تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فكانت لكل واحد منهما بكمالها كالاجل المضروب

للدينين الا انه قام المنقص في احدهما فبقي في الثاني على ظاهره ولانه لابد من تغير

الغذاء لينقطع الانبات باللبن وذلك بزيادة مدة يتعود الصبي فيها غيره فقدرت بادنى

مدة الحمل لانها مغيرة فان غذاء الجنين يغاير غذاء الرضيع كما يغاير غذاء الفطيم والحديث

محمول على مدة الاستحقاق وعليه يحمل النص المقيد بحولين في الكتاب واذا مضت مدة

الرضاع لم يتعلق بالرضاع تحريم لقوله عم لا رضاع بعد الفصال ولان الحرمة باعتبار

النشوء وذلك في المدة اذ الكبير لا يتربى به ولا يعتبر الفطام قبل المدة الا في رواية

عن ابي حنيفة رح اذا استغنى عنه ووجهه انقطاع النشوء بتغير الغذاء وهل يباح

الارضاع بعد المدة قد قيل لا يباح لان اباحته ضرورية لكونه جزء الادمي قال ويحرم

من الرضاع ما يحرم من النسب للحديث الذي رويناه الا ام اخته من الرضاع فانه يجوز ان

يتزوجها ولا يجوز ان يتزوج بام اخته من النسب لانها تكون امه او موطوءة ابيه بخلاف

الرضاع ويجوز تزوج اخت ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانه لما وطئ امها

حرمت عليه ولم يوجد هذا المعنى في الرضاع وامراة ابيه او امراة ابنه من الرضاع لا يجوز

ان يتزوجها كما لا يجوز ذلك من النسب لما روينا وذكر الاصلاب في النص لاسقاط

اعتبار التبني على ما بيناه ولبن الفحل يتعلق به التحريم وهو ان ترضع المراة صبية

فتحرم هذه الصبية على زوجها وعلى ابائه وابنائه ويصير الزوج الذي نزل لها منه

اللبن ابا للمرضعة وفي احد قولي الشافعي رح لبن الفحل لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية

واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسبة الحاصلة فكذا بالرضاع وقال

عليه السلام لعائشة رض ليلج عليك افلح فانه عمك من الرضاع ولانه سبب لنزول

اللبن منها فيضاف اليه في موضع الحرمة احتياطا ويجوز ان يتزوج الرجل باخت اخيه

من الرضاع كما يجوز ان يتزوج باخت اخيه من النسب وذلك مثل الاخ لاب اذا كانت له

اخت من امه جاز لاخيه من ابيه ان يتزوجها وكل صبيين اجتمعا على ثدي واحد لم يجز

لاحدهما ان يتزوج بالاخرى هذا هو الاصل لانهما لام واحدة فهما اخ واخت ولا

يتزوج المرضعة احد من ولد التي ارضعتها لانه اخوها من الرضاع ولا ولد ولدها

لانه ولد اخيها ولا يتزوج الصبي المرضع اخت زوج المرضعة لانها عمته من الرضاع واذا

اختلط اللبن بالماء واللبن هو الغالب تعلق به التحريم وان غلب الماء لم يتعلق به التحريم

خلافا للشافعي رح هو يقول انه موجود فيه حقيقة ونحن نقول المغلوب غير

موجود حكما حتى لا يظهر في مقابلة الغالب كما في اليمين وان اختلط بالطعام لم يتعلق

قال عليه السلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب

ووطي الامهات
يحرم البنات

ليلج
ليدخل

لم يتعلق به التحريم وان كان اللبن غالبا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا كان اللبن غالبا

تعلق به التحريم قال رض وقولهما فيما اذا لم تمسه النار حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في

قولهم جميعا لهما ان العبرة للغالب كما في الماء اذا لم يغيره شيء عن حاله ولابي حنيفة رح ان

الطعام اصل واللبن تابع له في حق المقصود فصار كالمغلوب ولا معتبر بتقاطر

اللبن من الطعام عنده هو الصحيح لان التغذي بالطعام اذ هو الاصل وان اختلط

بالدواء واللبن غالب تعلق به التحريم لان اللبن يبقى مقصودا فيه اذ الدواء لتقويته

على الوصول وان اختلط اللبن بلبن الشاة وهو الغالب تعلق به التحريم وان غلب

لبن الشاة لم يتعلق به التحريم اعتبارا للغالب كما في الماء واذا اختلط لبن امرأتين تعلق

التحريم باغلبهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لان الكل صار شيئا واحدا فيجعل الاقل تابعا

للاكثر في بناء الحكم عليه وقال محمد وزفر رح تعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس

فان الشيء لا يصير مستهلكا في جنسه لاتحاد المقصود وعن ابي حنيفة رح في هذا روايتان

واصل المسئلة في الايمان واذا نزل للبكر لبن فارضعت صبيا تعلق به التحريم لاطلاق

النص ولانه سبب النشوء فتثبت به شبهة البعضية واذا حلب لبن المراة بعد موتها

فاوجر به صبي تعلق به التحريم خلافا للشافعي رح هو يقول الاصل في ثبوت الحرمة انما

هو المراة ثم يتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم يبق محلا لها ولهذا لا يوجب وطؤها

حرمة المصاهرة ولنا ان السبب هو شبهة الجزئية وذلك في اللبن لمعنى الانشاز والانبات

وهو قايم باللبن وهذه الحرمة تظهر في الميتة دفنا وتيمما اما الحرمة في الوطء لكونه

ملاقيا للمحل المحترث وقد زال بالموت فافترقا واذا احتقن الصبي باللبن لم يتعلق به

التحريم وعن محمد رح انه يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم ووجه الفرق على الظاهر ان

المفسد للصوم اصلاح البدن ويوجد ذلك في الدواء اما المحرم في الرضاع معنى النشوء

ولا يوجد ذلك في الاحتقان لان المغذي وصوله من الاعلى واذا نزل للرجل لبن

فارضع به صبيا لم يتعلق به التحريم لانه ليس بلبن على التحقيق فلا يتعلق به النشوء

والنمو وهذا لان اللبن انما يتصور ممن يتصور منه والبهائم والحرمة باعتبارها

واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج

لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا وذلك حرام كالجمع بينهما نسبا ثم ان لم يدخل

بالكبيرة فلا مهر لها لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها وللصغيرة نصف

المهر لان الفرقة وقعت لا من جهتها والارتضاع وان كان فعلا منها لكن فعلها غير معتبر

في اسقاط حقها اذا قتلت مورثها ويرجع به الزوج على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد

وان لم تتعمد فلا شيء عليها وان علمت ان الصغيرة امراته وعن محمد رح انه يرجع في الوجهين

الولادة واذا شرب صبيان من لبن شاة فلا
يتعلق به التحريم لانه لا جزئية بين
الادمية والبهائم صح

والصحيح ظاهر الرواية لأنها إذا أكرهت ... على شرف السقوط فهي نصف المهر وذلك يجري
مجرى الإتلاف لكنها مسببة فيه أما الارتضاع ليس بإفساد للنكاح وضعا وإنما يثبت ذلك
باتفاق الحال أو لأن إفساد النكاح ليس بسبب لإلزام المهر بل هو سبب لسقوطه إلا أن نصف
المهر يجب بطريق المتعة على ما عرف لكن من شرطه إبطال النكاح وإذا كانت مسببة فيه شرط
التعدي كحفر البئر ثم إنما تكون متعدية إذا علمت بالنكاح وقصدت بالإرضاع الفساد أما
إذا لم تعلم بالنكاح أو علمت بالنكاح ولكنها قصدت دفع الجوع والهلاك عن الصغيرة دون
الإفساد لا تكون متعدية لأنها مأمورة بذلك ولو علمت بالنكاح ولم تعلم بالفساد لا تكون
متعدية أيضا وهذا منا اعتبار الجهل لدفع قصد الفساد لا لدفع الحكم ولا تقبل في الرضاع
شهادة النساء المنفردات وإنما يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك رحمه الله
يثبت بشهادة امرأة واحدة إذا كانت موصوفة بالعدالة لأن الحرمة حق من حقوق الشرع
فتثبت بخبر الواحد كمن اشترى لحما فأخبره واحد أنه ذبيحة المجوسي ولنا أن ثبوت الحرمة
لا يقبل الفصل عن زوال الملك في باب النكاح وإبطال الملك لا يثبت إلا بشهادة رجلين
بخلاف اللحم لأن حرمة التناول ينفك عن زوال الملك فاعتبر أمرا دينيا والله تعالى أعلم

كتاب الطلاق باب طلاق السنة

الطلاق على ثلاثة أوجه حسن وأحسن وبدعي فالأحسن أن يطلق الرجل امرأته تطليقة
واحدة في طهر لم يجامعها فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها لأن الصحابة رضي الله عنهم كانوا يستحبون أن
لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة فإن هذا أفضل عندهم من أن يطلق الرجل
امرأته ثلاثا عند كل طهر تطليقة ولأنه أبعد من الندامة وأقل ضررا بالمرأة ولا خلاف لأحد في الكراهة
والحسن هو طلاق السنة وهو أن يطلق المدخول بها ثلاثا في ثلاثة أطهار وقال مالك رحمه الله إنه بدعة
ولا يباح إلا واحدة لأن الأصل في الطلاق هو الحظر والإباحة لحاجة الخلاص وقد اندفعت بالواحدة
ولنا قوله عليه السلام في حديث ابن عمر رضي الله عنهما إن من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء
تطليقة ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة
وهو الطهر فالحاجة كالمتكررة نظرا إلى دليلها ثم قيل الأولى أن يؤخر الإيقاع إلى آخر
الطهر احترازا عن تطويل العدة والأظهر أن يطلقها كما طهرت لأنه لو أخر ربما يجامعها
ومن قصده التطليق فيبتلى بالإيقاع عقيب الوقاع وطلاق البدعة أن يطلقها ثلاثا
بكلمة واحدة أو ثلاثا في طهر واحد فإذا فعل ذلك وقع الطلاق وكان عاصيا وقال الشافعي
كل طلاق مباح لأنه تصرف مشروع حتى يستفاد به الحكم والمشروعية لا تجامع الحظر
بخلاف الطلاق في حالة الحيض لأن المحرم تطويل العدة عليها لا الطلاق ولنا أن الأصل في الطلاق
وهو الحظر لما فيه من قطع النكاح الذي تعلقت به المصالح الدينية والدنيوية والإباحة

للحاجة إلى الخلاص ولا حاجة إلى الجمع بين الثلاث وهي في المفرق على الأطهار ثابتة نظرا إلى
دليلها والحاجة في نفسها باقية فأمكن تصوير الدليل عليها والمشروعية في ذاته من حيث
إنه إزالة الرق لا تنافي الحظر لمعنى في غيره وهو ما ذكرناه وكذا إيقاع الثنتين في
الطهر الواحد بدعة لما قلنا واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الأصل إنه أخطأ
السنة لأنه لا حاجة إلى إثبات صفة زائدة في الخلاص وهي البينونة وفي الزيادات أنه
لا يكره للحاجة إلى الخلاص ناجزا والسنة في الطلاق من وجهين سنة في الوقت وسنة في العدد
فالسنة في العدد يستوي فيها المدخول بها وغير المدخول بها وقد ذكرناها والسنة في الوقت
تثبت في المدخول بها خاصة وهو أن يطلقها في طهر لم يجامعها فيه لأن المراعى دليل
الحاجة وهو الإقدام على الطلاق في زمان تجدد الرغبة وهو الطهر الخالي عن الجماع أما
زمان الحيض زمان النفرة وبالجماع مرة في الطهر تفتر الرغبة وغير المدخول بها يطلقها
في حالة الطهر والحيض خلافا لزفر رحمه الله هو يقيسها على المدخول بها ولنا أن الرغبة
في غير المدخول بها صادقة لا تقل بالحيض ما لم يحصل مقصوده منها وفي المدخول بها
تتجدد بالطهر وإذا كانت المرأة لا تحيض من صغر أو كبر فأراد أن يطلقها للسنة ثلاثا
طلقها واحدة فإذا مضى شهر طلقها أخرى فإذا مضى شهر طلقها أخرى لأن الشهر في حقها
قائم مقام الحيض فقال الله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إلى أن قال واللائي
لم يحضن والإقامة في حق الحيض خاصة حتى يقدر الاستبراء في حقها بالشهر وهو
الحيض لا بالطهر ثم إن كان الطلاق في أول الشهر تعتبر الشهور بالأهلة وإن كان في وسطه
فبالأيام في حق التفريق وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يكمل الأول
بالأخير والمتوسط بالأهلة وهي مسألة الإجارات قال ويجوز أن يطلقها ولا يفصل
بين وطئها وطلاقها بزمان وقال زفر رحمه الله يفصل بينهما بشهر لقيامه مقام الحيض ولأن بالجماع
تفتر الرغبة وإنما تتجدد بزمان ولنا أنه لا يتوهم الحبل فيها والكراهية في ذوات الحيض
باعتبار أنه عند ذلك يشتبه وجه العدة والرغبة وإن كانت تفتر من الوجه الذي ذكرتم تكثر
من وجه آخر لأنه يرغب في وطء غير معلق فرارا عن مؤنة الولد فكان الزمان زمان الرغبة وصار كزمان
الحبل وطلاق الحبلى يجوز عقيب الجماع لأنه لا يؤدي إلى اشتباه وجه العدة وزمان
الحبل زمان الرغبة في الوطء لكونه غير معلق أو فيها لمكان ولده منها فلا تقل الرغبة بالجماع
ويطلقها للسنة ثلاثا يفصل بين كل تطليقتين بشهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال
محمد وزفر رحمهما الله لا يطلقها للسنة إلا واحدة لأن الأصل في الطلاق الحظر وقد ورد الشرع
بالتفريق على فصول العدة والشهر في حق الحامل ليس من فصولها فصار كالممتد طهرها
ولهما أن الإباحة بعلة الحاجة والشهر دليلها كما في حق الآيسة والصغيرة وهذا لأنه زمان

تجدد الرغبة على ما عليه الجبلة السليمة فصلح علما ودليلا والممتد طهرها لأن العلم
في حقها هو الطهر وهو متجدد فيها في كل زمان ولا يوجد مع الحبل وإذا طلق الرجل
امرأته في حالة الحيض وقع الطلاق لأن النهي عنه لمعنى في غيره وهو ما ذكرنا فلا ينعدم
مشروعيته ويستحب له أن يراجعها لقوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه مر ابنك فليراجعها وقد طلقها في
حالة الحيض وهذا يفيد الوقوع والحث على الرجعة ثم الاستحباب قول بعض المشايخ
والأصح أنه واجب عملا بحقيقة الأمر ورفعا للمعصية بقدر الممكن برفع أثرها وهو العدة
ودفعا لضرر تطويل العدة قال وإذا طهرت وحاضت ثم طهرت فإن شاء طلقها
وإن شاء أمسكها قال رضي الله عنه وهكذا ذكر في الأصل وذكر الطحاوي رحمه الله أنه يطلقها في الطهر
الذي يلي الحيضة قال أبو الحسن الكرخي رحمه الله ما ذكره الطحاوي قول أبي حنيفة وما ذكر
في الأصل قولهما ووجه المذكور في الأصل أن السنة أن يفصل بين كل تطليقتين بحيضة
والفاصل ههنا بعض الحيضة فتكمل بالثانية ولا تتجزى فتتكامل ووجه القول الآخر
أن أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها في الحيض فيسن تطليقها في الطهر
الذي يليه ومن قال لامرأته وهي من ذوات الحيض وقد دخل بها أنت طالق ثلاثا
للسنة ولا نية له فهي طالق عند كل طهر تطليقة لأن اللام فيه للوقت ووقت السنة
طهر لا جماع فيه وإن نوى أن يقع الثلث الساعة أو عند رأس كل شهر واحدة تطليقة
فهو على ما نوى سواء كانت في حالة الحيض أو في حالة الطهر وقال زفر لا تصح نية الجمع
لأنه بدعة وهي ضد السنة ولنا أنه محتمل لفظه لأنه سني وقوعا حيث إن وقوعه
بالسنة لا إيقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه وينتظم عند نيته وإن كانت آيسة أو من
ذوات الأشهر وقعت الساعة واحدة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى لأن الشهر
في حقها دليل الحاجة كالطهر في حق ذوات الأقراء على ما بينا وإن نوى أن يقع الثلث
الساعة وقعت عندنا لما قلنا بخلاف ما إذا قال أنت طالق للسنة ولم ينص على الثلث
حيث لا تصح نية الجمع فيه لأن نية الثلث إنما صحت فيه من حيث إن اللام فيه للوقت فيفيد
تعميم الوقت ومن ضرورته تعميم الواقع فيه فإذا نوى الجمع بطل تعميم الوقت فلا تصح
نية الثلث والله أعلم

فصل

ويقع طلاق كل زوج إذا كان عاقلا بالغا ولا يقع
طلاق الصبي والمجنون والنائم لقوله عليه السلام كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون
ولأن الأهلية بالعقل المميز وهما عديما العقل والنائم عديم الاختيار وطلاق المكره
واقع خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول إن الإكراه لا يجامع الاختيار وبه يعتبر التصرف
الشرعي بخلاف الهازل لأنه مختار في التكلم بالطلاق ولنا أنه قصد إيقاع الطلاق
في منكوحته في حال أهليته فلا يعرى عن قضيته دفعا للحاجة اعتبارا بالطائع

وهذا لأنه عرف الشرين واختارهما وهذا آية القصد والاختيار إلا أنه غير راض
بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل وطلاق السكران واقع واختيار الكرخي والطحاوي
أنه لا يقع وهو أحد قولي الشافعي لأن صحة القصد بالعقل وهو زائل العقل فصار
كزواله بالبنج والدواء ولنا أنه زال بسبب هو معصية فجعل باقيا حكما زجرا له
حتى لو شرب فصدع وزال عقله بالصداع نقول إنه لا يقع طلاقه وطلاق الأخرس
واقع بالإشارة لأنها صارت معهودة فأقيمت مقام العبارة دفعا للحاجة وستأتيك
وجوهه في آخر هذا الكتاب إن شاء الله تعالى وطلاق الأمة ثنتان حرا كان زوجها
أو عبدا وطلاق الحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا وقال الشافعي رحمه الله عدد الطلاق معتبر
بحال الرجال لقوله عليه السلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولأن صفة المالكية كرامة
والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية في الحر أكمل فكانت مالكيته أبلغ وأكثر ولنا
قوله عليه السلام طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان ولأن حل المحلية نعمة في حقها وللرق
أثر في تنصيف النعم إلا أن العقدة لا تتجزى فتكاملت عقدتين وتأويل ما روي
أن الإيقاع بالرجال وإذا تزوج العبد امرأة حرة فطلقها وقع طلاقه ولا يقع طلاق مولاه

على امرأته لأن ملك النكاح حق العبد فيكون الإسقاط إليه دون المولى

باب إيقاع الطلاق

الطلاق على ضربين صريح وكناية فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك
فهذا يقع به الطلاق الرجعي لأن هذه الألفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره
فكان صريحا وأنه يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن
ولا تفتقر إلى النية لأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال وكذا إذا نوى الإبانة لأنه قصد
تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فيرد عليه ولو نوى الطلاق عن وثاق لم
يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمله
ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لأن الطلاق
لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى
لأنه يستعمل للتخليص ولو قال أنت طالق مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقا
إلا بالنية لأنها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا ولا يقع به إلا واحدة وإن نوى
أكثر من ذلك وقال الشافعي رحمه الله يقع ما نوى لأنه محتمل لفظه فإن ذكر الطالق ذكر
للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم ولهذا يصح قرانه بالعدد فيكون نصبا على التفسير
ولنا أنه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لأنه
ضده وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق والعدد
الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك أعطيته جزيلا أي

اي عطاء جزيلا واذا قال انت الطلاق او انت طالق الطلاق او انت طالق طلاقا فان
لم يكن له نية او نوى واحدة او ثنتين فهي واحدة رجعية وان نوى ثلثا فثلث
ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لانه لو ذكر النعت وحده يقع به الطلاق
فاذا ذكره وذكر معه المصدر وانه يزيده وكادة اولى واما وقوعه باللفظة الاولى
فلان المصدر يذكر ويراد به الاسم يقال رجل عدل اي عادل فصار بمنزلة قوله انت طالق
وعلى هذا لو قال انت طلاق يقع به الطلاق ايضا ولا يحتاج فيه الى النية ويكون رجعيا
لما بينا انه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه وتصح نية الثلث لان المصدر يحتمل
العموم والكثرة لانه اسم جنس فاعتبر بسائر اسماء الاجناس فيتناول الادنى
مع احتمال الكل ولا تصح نية الثنتين فيها خلافا لزفر رح هو يقول ان الثنتين
بعض الثلث فلما صحت نية الثلث صحت نية بعضها ضرورة ونحن نقول نية
الثلث انما صحت لكونها جنسا حتى لو كانت المراة امة تصح نية الثنتين باعتبار
معنى الجنسية اما الثنتان في حق الحرة عدد واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لان معنى
التوحد مراعى في الفاظ الوحدان وذلك بالفردية او الجنسية والمثنى بمعزل منهما
ولو قال انت طالق الطلاق وقال اردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق اخرى
يصدق لان كل واحد منهما صالح للايقاع فكانه قال انت طالق وطالق فيقع
رجعيتان اذا كانت مدخولا بها ولو اضاف الطلاق الى جملتها او الى ما يعبر به عن الجملة
وقع الطلاق لانه اضيف الى محله وذلك مثل ان يقول انت طالق لان التاء ضمير المراة
او يقول رقبتك طالق او عنقك طالق او روحك او بدنك او جسدك او فرجك
او وجهك لانه يعبر بها عن جميع البدن اما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما قال الله تعالى
فتحرير رقبة وقال الله تعالى فظلت اعناقهم لها خاضعين وقال النبي عم لعن الله
الفروج على السروج ويقال فلان راس القوم ويا وجه العرب وهلكت روحه بمعنى نفسه
ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدر ومنه النفس وهو ظاهر وكذلك ان
طلق جزءا شائعا منها مثل ان يقول نصفك او ثلثك طالق لان الجزء الشائع محل لسائر التصرفات
كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق الا انه لا يتجزى في حق الطلاق فيثبت في
الكل ضرورة ولو قال يدك او رجلك طالق لم يقع الطلاق وقال زفر رح والشافعي رح
يقع وكذلك الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لهما انه جزء مستمتع به
بعقد النكاح وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت
الحكم فيه قضية للاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف ما اذا اضيف
اليه النكاح لان التعدي ممتنع اذ الحرمة في سائر الاجزاء تغلب الحل في هذا الجزء

وفي الطلاق الامر على القلب ولنا انه اضاف الطلاق الى غير محله فيلغو كما اذا اضافه الى
ريقها او ظفرها وهذا لان محل الطلاق ما يكون فيه القيد لانه ينبئ عن رفع القيد ولا قيد
في اليد ولهذا لا يصح اضافة النكاح اليها بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا
حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق واختلفوا في الظهر والبطن والاظهر انه
لا يصح لانه لا يعبر بهما عن جميع البدن وان طلقها نصف تطليقة او ثلثها كانت طالقا تطليقة
واحدة لان الطلاق لا يتجزى وذكر بعض ما لا يتجزى كذكر الكل وكذا الجواب في كل جزء
سماه لما بينا ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقتين فهي طالق ثلثا لان نصف
التطليقتين تطليقة فاذا جمع بين ثلثة انصاف يكون ثلث تطليقات ضرورة
ولو قال انت طالق ثلثة انصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لانها طلقة ونصف فيتكامل
وقيل يقع ثلث تطليقات لان كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلثا ولو قال انت طالق
من واحدة الى ثنتين او ما بين واحدة الى ثنتين فهي واحدة ولو قال من واحدة الى ثلث
او ما بين واحدة الى ثلث فهي ثنتان وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هي في الاولى ثنتان
وفي الثانية ثلث وقال زفر رح في الاولى لا يقع شيء وفي الثانية يقع واحدة وهو
القياس لان الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا
الحائط الى هذا الحائط وجه قولهما وهو الاستحسان ان مثل هذا الكلام متى ذكر في
العرف يراد به الكل كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم الى مائة ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان المراد به الاكثر من الاقل والاقل من الاكثر فانهم يقولون سني من ستين الى
سبعين او ما بين ستين الى سبعين ويريدون به ما ذكرناه وارادة الكل فيما ذكر
طريقه الاباحة كما ذكر والاصل في الطلاق الحظر ثم الغاية الاولى لا بد ان تكون موجودة
ليترتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة
قبل البيع ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف
الظاهر ولو قال انت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب او لم يكن
له نية فهي واحدة وقال زفر رح يقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن بن زياد
ولنا ان عمل الضرب في تكثير الاجزاء لا في زيادة المضروب وتكثير اجزاء
التطليقة لا يوجب تعددها وان نوى واحدة وثنتين فهي ثلث لانه يحتمله
فان حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ولو كانت غير مدخول بها يقع واحدة
كما في قوله واحدة وثنتين وان نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلث لان كلمة
في تاتي بمعنى مع كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي اي مع عبادي ولو نوى
الظرف تقع واحدة لان الطلاق لا يصلح ظرفا فيلغو ذكر الثاني ولو قال اثنتين

في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان وعند زفر رحمه الله ثلث لان قضيته ان تكون اربعا
لكن لا مزيد للطلاق على الثلث وعندنا الاعتبار للمذكور الاول على ما بيناه ولو قال انت طالق
من هنا الى الشام فهي واحدة يملك الرجعة وقال زفر رحمه الله هي باينة لانه وصف الطلاق بالطول
قلنا لا بل وصفه بالقصر لانه متى وقع وقع في الاماكن كلها ولو قال انت طالق بمكة او في
مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد وكذا قوله انت طالق في الدار لان الطلاق لا يتخصص
بمكان دون مكان وان عنى به اذا دخلت مكة يصدق ديانة لا قضاء لانه نوى الاضمار وهو
خلاف الظاهر وكذا اذا قال انت طالق وانت مريضة ونوى اذا مرضت ولو قال انت طالق
اذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة لانه علقه بالدخول ولو قال في دخولك الدار
يتعلق بالفعل للمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليه عند تعذر الظرفية

فصل
في اضافة الطلاق الى الزمان ولو قال انت طالق غدا وقع الطلاق عليها بطلوع الفجر لانه
وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في اول جزء منه ولو نوى به اخر النهار صدق
ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر ولو قال انت
طالق اليوم غدا او غدا اليوم فانه يؤخذ باول الوقتين الذي تفوه به فيقع في الاول
في اليوم وفي الثاني في الغد لانه لما قال اليوم كان تنجيزا والمنجز لا يحتمل الاضافة
واذا قال غدا كان اضافة والمضاف لا يتنجز لما فيه من ابطال الاضافة فلغا اللفظ
الثاني في الفصلين ولو قال انت طالق في غد وقال نويت اخر النهار دين في القضاء
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يدين في القضاء خاصة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد
فصار بمنزلة قوله غدا على ما بينا ولهذا يقع في اول جزء منه عند عدم النية وهذا
لان حذف في واثباته سواء لانه ظرف في الحالين ولابي حنيفة رحمه الله انه نوى حقيقة كلامه
لان كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الاول ضرورة عدم
المزاحم فاذا عين اخر النهار كان التعيين القصدي اولى من الضروري بخلاف
قوله غدا لانه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا الى جميع الغد
نظيره اذا قال والله لاصومن عمري ونظير الاول اذا قال لاصومن في عمري وعلى
هذا الدهر وفي الدهر ولو قال انت طالق امس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لانه
اسنده الى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو كما اذا قال انت طالق قبل
ان اخلق ولانه يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح او عن كونها مطلقة بتطليق غيره
من الازواج ولو تزوجها اول من امس وقع الساعة لانه ما اسنده الى حالة منافية ولا
يمكن تصحيحه اخبارا ايضا فكان انشاء في الماضي انشاء في الحال فيقع الساعة ولو قال
انت طالق قبل ان اتزوجك لم يقع شيء لانه اسنده الى حالة منافية فصار كما اذا قال

طلقتك وانا صبي او نائم ويمكن تصحيحه اخبارا على ما ذكرناه ولو قال انت طالق ما لم
اطلقك او متى لم اطلقك او متى ما لم اطلقك وسكت طلقت لانه اضاف الطلاق الى زمان خال
عن التطليق وقد وجد حيث سكت وهذا لان كلمة متى ومتى ما صريح في الوقت لانهما من ظروف
الزمان وكذا كلمة ما قال الله تعالى ما دمت حيا اي وقت الحيوة ولو قال انت طالق ان لم اطلقك
لم تطلق حتى يموت لان العدم لا يتحقق الا باليأس عن الحيوة وهو الشرط كما في قوله ان لم
آت البصرة وموتها بمنزلة موته هو الصحيح ولو قال انت طالق اذا لم اطلقك او
اذا ما لم اطلقك لم تطلق حتى يموت عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق حين سكت لان كلمة
اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت وقال قائلهم واذا تكون كريهة ادعى لها
واذا يحاس الحيس يدعى جندب فصار بمنزلة متى ومتى ما ولهذا لو قال لامراته انت طالق
اذا شئت لا يخرج الامر من يدها بالقيام عن المجلس كما في قوله متى شئت ولابي حنيفة رحمه الله
انها تستعمل في الشرط ايضا قال قائلهم واستغن ما اغناك ربك بالغنى واذا تصبك
خصاصة فتجمل فان اريد به الشرط لم تطلق في الحال وان اريد به الوقت تطلق فلا تطلق
بالشك والاحتمال بخلاف مسئلة المشية لانه على اعتبار انها للوقت لا يخرج الامر من يدها
وعلى اعتبار انها للشرط يخرج والامر صار في يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال وهذا
الخلاف فيما اذا لم يكن له نية اما اذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في
اخر العمر لان اللفظ يحتملهما ولو قال انت طالق ما لم اطلقك انت طالق فهي طالق
هذه التطليقة معناه قال ذلك موصولا به والقياس ان يقع المضاف فيقعان
ان كانت مدخولا بها وهو قول زفر رحمه الله لانه وجد زمان لم يطلقها فيه وان قل وهو ما قبل قوله انت
طالق قبل ان يفرغ منه وجه الاستحسان ان زمان البر مستثنى عن اليمين بدلالة حاله
لان البر هو المقصود ولا يمكنه تحقيق البر الا ان يجعل هذا القدر مستثنى واصله من حلف لا يسكن
هذه الدار فاشتغل من ساعته بالنقلة من ساعته واضرابه على ما يأتيك في الايمان ان شاء الله تعالى
ومن قال لامراته يوم اتزوجك فانت طالق فتزوجها ليلا طلقت لان اليوم يذكر ويراد به
بياض النهار فيحمل عليه اذا قرن بفعل يمتد كالصوم والامر باليد لانه يراد به المعيار
وهذا اليق به ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره
والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه اذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم
الليل والنهار ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لانه نوى حقيقة
كلامه والليل لا يتناول الا السواد والنهار يتناول البياض خاصة هو اللغة والله اعلم

فصل
ومن قال لامراته انا منك طالق فليس بشيء وان نوى طلاقا ولو قال انا
منك باين او عليك حرام ينوي الطلاق فهي طالق وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق

في الفصل الاول ايضا اذ لا منافاة بين ملك النكاح ومشتركية الزوجية حتى ملكت المطالبة بالوطي كما يملك هو المطالبة بالتمكين وكون الحل مشتركا بينهما والطلاق وضع لازالته فيصح مضافا اليها كما في الاباء والتحريم ولنا ان الطلاق وضع لازالة القيد وهو فيها دون الزوج الا ترى انها هي الممنوعة عن التزوج والخروج ولو كان لازالة الملك فهو عليها لانها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الابانة لانها لازالة الوصلة وهي مشتركة بينهما وبخلاف التحريم لانه لازالة الحل وهو مشترك بينهما فصحت اضافتهما اليهما ولا يصح اضافة الطلاق الا اليها قال وان قال انت طالق واحدة او لا فليس بشيء قال رضي الله عنه كذا ذكره في الجامع الصغير من غير خلاف وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله آخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف رحمه الله اولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما اذا قال لامرأته انت طالق واحدة او لا شيء ولا فرق بين المسألتين ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد رحمه الله روايتان له انه ادخل الشك في الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله انت طالق بخلاف قوله انت طالق او لا لانه ادخل الشك في اصل الايقاع فلا يقع ولهما ان الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الا ترى انه لو قال لغير المدخول بها انت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلث وهذا لان الواقع في الحقيقة انما هو المنعوت المحذوف معناه انت طالق تطليقة واحدة على ما مر واذا كان الواقع ما كان العدد نعتا له كان الشك داخلا في الايقاع فلا يقع شيء ولو قال انت طالق مع موتي او مع موتك فليس بشيء لانه اضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافي الاهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما واذا ملك الرجل امرأته او شقصا منها او ملكت المرأة زوجها او شقصا منه وقعت الفرقة للمنافاة بين الملكين اما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية واما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضروري ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفي النكاح ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء لان الطلاق يستدعي قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه ولا من كل وجه وكذا اذا ملكته او شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة وعن محمد رحمه الله انه يقع لان العدة واجبة بخلاف الفصل الاول لانه لا عدة هنالك حتى حل وطؤها له ولو قال لها وهي امة لغيره انت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فاعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة لانه علق التطليق بالاعتاق او العتق لان اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطليق لان في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا واذا كان التطليق معلقا

معلقا بالاعتاق او العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطليق فيكون الطلاق متأخرا عن عتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين ويبقى ثم ان كلمة مع للقران وقلنا قد تذكر للتأخير كما في قوله تعالى ان مع العسر يسرا فيحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط ولو قال اذا جاء غد فانت طالق ثنتين وقال المولى اذا جاء غد فانت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلث حيض وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله زوجها يملك الرجعة عليها لان الزوج قرن الايقاع باعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى عتقها وانما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الاعتاق لانه علته اصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطليق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسألة الاولى ولهذا يقدر عدتها بثلث حيض ولهما انه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي امة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الامة حرمة غليظة بخلاف المسألة الاولى لانه علق التطليق باعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ما قدمنا وبخلاف العدة لانه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ولا وجه لما قال لان العتق لو كان يقارن الاعتاق لانه علته فالطلاق يقارن التطليق لانه علته فيتقارنان والله اعلم

فصل في تشبيه الطلاق ووصفه

ومن قال لامرأته انت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى فهي ثلث لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة اذا اقترنت بالعدد المبهم قال النبي عليه السلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا الحديث وان اشار بواحدة فهي واحدة وان اشار بثنتين فهي ثنتان لما قلنا والاشارة تقع بالمنشورة منها وقيل اذا اشار بظهورها فبالمضمومة منها واذا كانت تقع الاشارة بالمنشورة فلو نوى الاشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء وكذا اذا نوى الاشارة بالكف حتى تقع في الاولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ولو لم يقل هكذا تقع واحدة لانه لم يقترن الاشارة بالعدد المبهم فبقي الاعتبار لقوله انت طالق واذا وصف الطلاق بضرب من الشدة والزيادة كان بائنا مثل ان يقول انت طالق بائنا او البتة وقال الشافعي رحمه الله يقع رجعيا اذا كان بعد الدخول لان الطلاق شرع معقبا للرجعة بالنص فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما لو قال انت طالق على ان لا رجعة لي عليك ولنا انه وصفه بما يحتمله الا ترى ان البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين احد المحتملين ومسألة الرجعة ممنوعة فيقع واحدة بائنة اذا لم تكن له نية او نوى الثنتين اما اذا نوى الثلث فثلث لما مر من قبل ولو عنى بقوله انت طالق واحدة وبقوله بائنا او البتة اخرى يقع تطليقتان بائنتان لان هذا الوصف يصلح لابتداء الايقاع وكذا اذا قال انت طالق افحش الطلاق لانه

انما يوصف بهذا الوصف باعتبار اثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائنا وكذا اذا قال
اخبث الطلاق او اسوأه لما ذكرنا وكذا اذا قال طلاق الشيطان او طلاق البدعة لان الرجعي
هو السنة فيكون البدعة وطلاق الشيطان بائنا وعن ابي يوسف رح في قوله انت طالق للبدعة
انه لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد يكون من حيث الايقاع في حالة الحيض فلا بد من
النية وعن محمد رح انه اذا قال انت طالق للبدعة او طلاق الشيطان يكون رجعيا لان هذا
الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا يثبت البينونة بالشك والاحتمال وكذا
اذا قال كالجبل لان التشبيه يوجب زيادة لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف
وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف رح يكون رجعيا لان التشبيه يوجب زيادة
لا محالة وذلك باثبات زيادة الوصف وكذا اذا قال مثل الجبل لما قلنا وقال ابو يوسف
يكون رجعيا لان الجبل شيء واحد فكان تشبيها به في توحيده ولو قال لها انت طالق اشد
الطلاق او كالالف او ملء البيت فهي واحدة بائنة الا ان ينوي الثلث اما الاول فلانه
وصفه بالشدة وهو البائن لانه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض اما الرجعي فيحتمله
وانما تصح نية الثلث لذكره المصدر واما الثاني فلانه قد يراد بهذا التشبيه في القوة
تارة وفي العدد اخرى يقال هو الف ويراد به القوة فيصح نية الامرين وعند فقدانها
يثبت اقلهما وعن محمد رح يقع الثلث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه في العدد
ظاهرا فصار كما اذا قال انت طالق كعدد الف واما الثالث فلان الشيء قد يملأ البيت
لعظمه في نفسه وقد يملأ لكثرته فاي ذلك نوى صحت نيته وعند انعدام النية
يثبت الاقل ثم الاصل عند ابي حنيفة رح انه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا اي شيء
كان المشبه به ذكر العظم او لم يذكر لما مر ان التشبيه يقتضي زيادة وصف وعند ابي يوسف
ان ذكر العظم كان بائنا والا فلا اي شيء كان المشبه به لان التشبيه قد يكون في على التجريد
اما ذكر العظم للزيادة لا محالة وعند زفر رح ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس
يقع بائنا والا فهو رجعي وقيل محمد مع ابي حنيفة رح وقيل مع ابي يوسف رح وبيانه في قوله
مثل رأس الابرة مثل عظم رأس الابرة مثل الجبل مثل عظم الجبل ولو قال انت طالق
تطليقة شديدة او طويلة او عريضة فهي واحدة بائنة لان ما لا يمكن تداركه يشتد
عليه وهو البائن وما يصعب تداركه يقال لهذا الامر طول وعرض وعن ابي يوسف رح
انه يقع بها رجعية لان هذا الوصف لا يليق به فيلغو ولو نوى الثلث في هذه
الفصول صحت نيته لتنوع البينونة على ما مر والواقع بها بائن والله تعالى اعلم

فصل في الطلاق قبل الدخول

واذا طلق الرجل امرأته ثلثا قبل الدخول بها وقعن عليها لان الواقع مصدر محذوف

لان معناه طلاقا ثلثا على ما بيناه فلم يكن قوله انت طالق ايقاعا على حدة فيقعن جملة
فان فرق الطلاق بانت بالاولى فلم يقع الثانية والثالثة وذلك مثل ان يقول انت
طالق طالق طالق لان كل واحد ايقاع على حدة اذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره
حتى يتوقف عليه فيقع الاولى في الحال فتصادف الثانية وهي مبانة وكذا اذا
قال انت طالق واحدة وواحدة وقعت واحدة لما ذكرنا انها بانت بالاولى ولو قال
لها انت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة كان باطلا لانه قرن الوصف بالعدد فكان
الواقع هو العدد فاذا ماتت قبل ذكر العدد فات المحل قبل الايقاع فبطل وكذا اذا قال
انت طالق ثنتين او ثلثا لما بينا وهذا يجانس ما قبله من حيث المعنى ولو قال انت
طالق واحدة قبل واحدة او بعدها واحدة يقع واحدة والاصل انه متى ذكر شيئين
وادخل بينهما حرف الظرف ان قرنها بهاء الكناية كانت صفة للمذكور آخرا كقوله جاءني
زيد قبله عمرو وان لم يقرنها بهاء الكناية كانت صفة للمذكور اولا كقوله جاءني زيد قبل عمرو
وايقاع الطلاق في الماضي ايقاع في الحال لان الاسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله
انت طالق واحدة قبل واحدة صفة للاولى فتبين بها فلا تقع الثانية والبعدية
في قوله بعدها واحدة صفة للاخيرة فحصلت الابانة بالاولى ولو قال لها انت طالق
واحدة قبلها واحدة يقع ثنتان لان القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية
فاقتضى ايقاعها في الماضي وايقاع الاولى في الحال غير ان الايقاع في الماضي ايقاع في
الحال ايضا فيقترنان فيقعان وكذا اذا قال انت طالق واحدة بعد واحدة لان
البعدية صفة للاولى فاقتضى ايقاع الواحدة في الحال وايقاع الاخرى قبل هذه
فيقترنان ولو قال انت طالق واحدة مع واحدة او معها واحدة تقع ثنتان لان كلمة
مع للقران وعن ابي يوسف رح في قوله معها واحدة انه تقع واحدة لان الكناية تستدعي
سبق المكني عنه لا محالة وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية
بعد وقوع الاولى ولو قال لها ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وواحدة فدخلت
الدار وقع عليها واحدة عند ابي حنيفة رح وقالا تقع ثنتان ولو قال انت طالق واحدة
وواحدة ان دخلت الدار فدخلت الدار طلقت ثنتين لهما ان حرف الواو للجمع المطلق
فيتعلقن فيقعن جملة كما اذا نص على التعليق وآخر الشرط وله ان الجمع المطلق يحتمل
القران والترتيب فعلى اعتبار الثاني لا يقع الا واحدة كما اذا نجز بهذه اللفظة
(وعلى الاعتبار الاول يقع ثنتان)
فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك بخلاف ما اذا اخر الشرط لانه مغير صدر الكلام
فيتوقف الاول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما اذا قدم الشرط فلم يتوقف ولو عطف
بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكره الكرخي رح وذكر الفقيه ابو الليث رح انه

يقع واحدة بالاتفاق لان الفاء للتعقيب وهو الاوضح واما الضرب الثاني وهو الكنايات
لا يقع بها الطلاق الا بالنية او بدلالة الحال لانها غير موضوعة للطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد
من التعيين او دلالته قال وهي على ضربين منها ثلثة الفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع
بها الا واحدة وهي قوله اعتدي واستبرئي رحمك وانت واحدة اما الاولى فلانها
تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى فاذا نوى الاول تعين بنيته فيقتضي
طلاقا سابقا والطلاق يعقب الرجعة واما الثانية فلانها تستعمل بمعنى الاعتداد لانها
تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلته ويحتمل الاستبراء ليطلقها واما الثالثة فلانها
تحتمل ان يكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة فاذا نواه جعل كانه قاله
والطلاق يعقب الرجعة ويحتمل غيره وهو ان يكون واحدة عنده او عند قومها ولما
احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغيره تحتاج فيها الى النية ولا تقع الا واحدة لان
قوله انت طالق فيها مقتضى او مضمر ولو كان مظهرا لا تقع بها الا واحدة فاذا كان مضمرا
كان اولى وفي قوله واحدة وان صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية
الثلث ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لان العوام لا يميزون
بين وجوه الاعراب قال رحه وبقية الكنايات اذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة
وان نوى ثلثا كانت ثلثا وان نوى ثنتين كانت واحدة وهذا مثل قوله انت باين وبتة
وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقي باهلك وخلية وبرية ووهبتك لاهلك
وسرحتك وفارقتك وامرك بيدك وانت حرة وتقنعي وتخمري واستبرئي واغربي
واخرجي واذهبي وقومي وابتغي الازواج لانها تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية قال
الا ان يكون في حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ولا يقع فيما بينه وبين
الله تعالى الا ان ينويه قال رضه سوى بين هذه الالفاظ فقال لا يصدق في القضاء
اذا كان في حالة مذاكرة الطلاق قالوا وهذا فيما لا يصلح ردا والجملة في ذلك ان الاحوال
ثلثة حالة مطلقة وهي حالة الرضاء وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات
ثلثة اقسام ما يصلح جوابا وردا وما يصلح جوابا ولا ردا وما يصلح جوابا ويصلح
سبا وشتيمة ففي حالة الرضاء لا يكون شيء منها طلاقا الا بالنية والقول قوله
في انكار النية لما قلنا وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق فيما يصلح جوابا ولا يصلح
ردا في القضاء مثل قوله خلية برية باين بتة حرام اعتدي امرك بيدك اختاري لان
الظاهر ان مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل
قوله اذهبي قومي تقنعي تخمري وما يجري هذا المجرى لانه يحتمل الرد وهو
الادنى فحمل عليه وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لاحتمال الرد والسب

الا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم كقوله اعتدي واختاري وامرك بيدك فانه
لا يصدق فيها لان الغضب يدل على ارادة الطلاق وعن ابي يوسف رحه في قوله لا ملك لي عليك
ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال
معنى السب ثم وقوع البائن بما سوى الثلثة الاول مذهبنا وقال الشافعي يقع بها رجعي
لان الواقع بها طلاق لانها كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط النية وينتقص بها العدد
والطلاق معقب للرجعة كالصريح ولنا ان تصرف الابانة صدر من اهله مضافا الى محله
عن ولاية شرعية ولا خفاء في الاهلية والمحلية والدلالة على الولاية ان الحاجة ماسة
الى اثباتها كيلا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد
وليست كنايات على التحقيق لانها عوامل في حقائقها والشرط تعيين احد نوعي البينونة
دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة وانما تصح نية
الثلث فيها لتنوع البينونة الى غليظة وخفيفة وعند انعدام النية يثبت الادنى
ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر رحه لانه عدد وقد بيناه من قبل وان قال
لها اعتدي اعتدي اعتدي وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا دين في القضاء لانه
نوى حقيقة كلامه ولانه يأمر امرأته في العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر
شاهدا له وان قال لم انو بالباقي شيئا فهي ثلث لانه لما نوى بالاولى طلاقا صار الحال
حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي
النية بخلاف ما اذا قال لم انو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لانه الظاهر يكذبه وبخلاف
ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا تقع الا واحدة لان الحال
عند الاوليين لم يكن حال مذاكرة الطلاق وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية
انما يصدق مع اليمين لانه امين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع اليمين

باب تفويض الطلاق فصل في الاختيار

اذا قال الرجل لامرأته اختاري ينوي بذلك الطلاق او قال لها طلقي نفسك فلها ان
تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك فان قامت منه او اخذت في عمل اخر خرج الامر
من يدها لان المخيرة لها المجلس باجماع الصحابة ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات
تقتضي جوابا في المجلس كما في البيع لان ساعات المجلس اعتبرت ساعة واحدة الا ان
المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه ومرة بالاشتغال بعمل اخر ومجلس الاكل غير مجلس المناظرة
ومجلس القتال غيرهما ويبطل خيارها بمجرد القيام لانه دليل الاعراض بخلاف الصرف
والسلم لان المفسد هناك الافتراق من غير قبض ثم لا بد من النية في قوله اختاري لانه
يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف اخر غيره فان اختارت نفسها في قوله

اختاري كانت واحدة بائنة والقياس ان لا يقع بهذا شيء وان نوى الزوج الطلاق لانه لا يملك
الايقاع بهذه اللفظة فلا يملك التفويض الى غيره الا انا استحسناه لاجماع الصحابة رضي
الله عنهم ولانه بسبيل من ان يستديم نكاحها او يفارقها فيملك اقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم
ثم الواقع بها بائن لان اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن ولا يكون ثلثا
وان نوى الزوج ذلك لان الاختيار لا يتنوع بخلاف الابانة لان البينونة قد تتنوع ولا بد
من ذكر النفس في كلامه او كلامها حتى لو قال لها اختاري فقالت قد اخترت فهو باطل لانه
عرف بالاجماع وهو في المفسرة من الجانبين ولان المبهم لا يصلح تفسيرا للمبهم ولا تعيين
مع الابهام ولو قال اختاري نفسك فقالت قد اخترت يقع واحدة بائنة لان كلامه مفسر
وكلامها خرج جوابا له فيتضمن اعادته وكذا اذا قال اختاري اختيارة فقالت
قد اخترت لان الهاء في الاختيارة تنبئ عن الاتحاد والانفراد واختيارها نفسها
هو الذي يتحد مرة ويتعدد اخرى فصار مفسرا من جانبه ولو قال اختاري فقالت
اخترت نفسي يقع الطلاق اذا نوى الزوج لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات
كلامه ولو قال لها اختاري فقالت انا اختار نفسي فهي طالق والقياس ان لا يطلق لان هذا
مجرد وعد او يحتمله فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت انا اطلق نفسي وجه الاستحسان
حديث عائشة رضي الله عنها فانها قالت لا بل اختار الله ورسوله واعتبره النبي عليه السلام جوابا منها
ولان هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة واداء
الشاهد بخلاف قولها اطلق نفسي لانه تعذر حمله على الحال لانه ليس حكاية عن حالة قائمة
ولا كذلك قولها انا اختار نفسي لانه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ولو قال لها
اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى او الوسطى او الاخيرة طلقت ثلثا في قول
ابي حنيفة رحمه الله ولا يحتاج الى نية الزوج وقالا تطلق واحدة وانما لا يحتاج الى نية الزوج
لدلالة التكرار عليه اذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر ولهما ان ذكر الاولى وما يجري
مجراه ان كان لا يفيده من حيث الترتيب يفيده من حيث الافراد فيعتبر فيما يفيده وله ان هذا
وصف لغو لان المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والافراد
من ضروراته فاذا لغا في حق الاصل لغا في حق البناء ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلث
في قولهم جميعا لانها للمرة فصار كما اذا صرحت بها ولان الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد
يقع الثلث فمع التأكيد اولى ولو قالت طلقت نفسي او اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة
يملك الرجعة لان هذه اللفظة توجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكانها اختارت نفسها بعد العدة
وان قال لها امرك بيدك في تطليقة او اختاري تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك
الرجعة لان الزوج جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي معقبة للرجعة والله تعالى اعلم

فصل في الامر باليد

وان قال لها امرك بيدك ينوي ثلثا فقالت قد اخترت نفسي بواحدة فهي ثلث لان الاختيار يصلح
جوابا للامر باليد لكونه تمليكا كالتخيير والواحدة صفة الاختيارة فصارت كانها قالت اخترت
نفسي بمرة واحدة وبذلك يقع الثلث ولو قالت قد طلقت نفسي بواحدة او اخترت نفسي
بتطليقة فهي واحدة بائنة لان الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو في الاولى الاختيارة
وفي الثانية التطليقة الا انها تكون بائنة لان التفويض في البائن ضرورة ان تملكها امرها
وكلامها خرج جوابا له فتصير الصفة المذكورة في التفويض مذكورة في الايقاع
وانما تصح نية الثلث في قوله امرك بيدك لانه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلث نية
التعميم بخلاف قوله اختاري لانه لا يحتمل العموم وقد حققناه ولو قال لها امرك بيدك
اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وان ردت الامر في يومها بطل امرها ذلك اليوم وكان الامر
بيدها بعد غد لانه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناوله الامر اذ ذكر اليوم
بعبارة الفرد لا يتناول الليل فكانا امرين فبرد احدهما لا يرتد الاخر وقال زفر هما
امر واحد بمنزلة قوله انت طالق اليوم وبعد غد قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت والامر باليد
يحتمله فيتوقت الامر بالاول ويجعل الثاني امرا مستبدا ولو قال امرك بيدك اليوم وغدا يدخل
الليل في ذلك فان ردت الامر في يومها لا يبقى الامر في يدها في الغد لان هذا امر واحد لانه
لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل
ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما لو قال امرك بيدك في يومين وعن ابي حنيفة رحمه الله
انها اذا ردت الامر في اليوم فلها ان تختار نفسها غدا لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد
الايقاع وجه الظاهر انها اذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد فكذا اذا
اختارت زوجها برد الامر لان المخير بين الشيئين لا يملك الا اختيار احدهما وعن ابي يوسف
انه اذا قال امرك بيدك اليوم وامرك بيدك غدا انهما امران لما انه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف
ما تقدم وان قال امرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان ولم تعلم بقدومه حتى جن
الليل فلا خيار لها لان الامر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد
حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضي بانقضاء وقته واذا جعل امرها بيدها او خيرها
فمكثت يوما لم تقم فالامر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لان هذا تمليك التطليق منها لان
المالك من يتصرف برأيه بنفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه
ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر اليها لان
هذا تمليك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ولا يعتبر مجلسه لان التعليق
لازم في حقه بخلاف البيع لانه تمليك محض ولا يشوبه التعليق واذا اعتبر مجلسها

فالمجلس تارة يتبدل بالتحول ومرة بالاخذ بعمل آخر على ما بيناه في الخيار ويخرج الامر من يدها
بمجرد القيام لانه دليل الاعراض اذ القيام يفرق الرأي بخلاف ما اذا مكثت يوما لم تقم ولم تأخذ
في عمل آخر لان المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى الى ان يوجد ما يقطعه او ما يدل على الاعراض وقوله
مكثت يوما ليس للتقدير وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف انه قطع لما كان فيه
لا مطلق العمل ولو كانت قائمة فقعدت فهي على خيارها لانه دليل الاقبال فان القعود اجمع
للرأي وكذا اذا كانت قاعدة فاتكأت او متكئة فقعدت لان هذا انتقال من جلسة الى جلسة
فلا يكون اعراضا كما اذا كانت محتبية فتربعت قال رضي الله عنه هذه رواية الجامع الصغير وذكر
في غيره انها اذا كانت قاعدة فاتكأت لا خيار لها لان الاتكاء اظهار التهاون بالامر فكان
اعراضا والاول هو الاصح ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن ابي يوسف ولو قالت
ادع ابي استشيره او شهودا اشهدهم فهي على خيارها لان الاستشارة لتحري الصواب
والاشهاد للتحرز عن الجحود والانكار فلا يكون دليل الاعراض وان كانت تسير على دابة او في
محمل فوقفت فهي على خيارها وان سارت بطل خيارها لان سير الدابة ووقوفها
مضاف اليها والسفينة بمنزلة البيت لان سيرها غير مضاف الى راكبها الا ترى انه لا يقدر
على ايقافها وراكب الدابة يقدر والله اعلم

فصل في المشية

ومن قال لامرأته طلقي نفسك
ولا نية له او نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية وان طلقت نفسها ثلثا
وقد اراد الزوج ذلك وقعن عليها وهذا لان قوله طلقي معناه افعلي فعل الطلاق وهو اسم
جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر اسماء الاجناس فلهذا تعمل فيه نية الثلث
وينصرف الى الواحد عند عدمها وتكون الواحدة رجعية لان المفوض اليها صريح الطلاق
ولو نوى الثنتين لا يصح لانه نية العدد الا اذا كانت المنكوحة امة لانه جنس في حقها
وان قال لها طلقي نفسك فقالت ابنت نفسي طلقت ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق
لان الابانة من الفاظ الطلاق الا ترى انه لو قال ابنتك ينوي الطلاق او قالت ابنت
نفسي فقال الزوج اجزت ذلك بانت فكانت موافقة للتفويض في الاصل الا انها زادت
وصفا وهو تعجيل الابانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الاصل كما اذا قالت طلقت نفسي تطليقة
بائنة وينبغي ان تقع تطليقة رجعية بخلاف الاختيار لانه ليس من الفاظ الطلاق الا ترى
انه لو قال لامرأته اخترتك او اختاري ينوي الطلاق لم يقع شيء ولو قالت ابتداء اخترت
نفسي فقال الزوج قد اجزت لا يقع شيء الا انه عرف طلاقا بالاجماع اذا حصل جوابا
للتخيير وقوله طلقي ليس بتخيير فيلغو وعن ابي حنيفة رح انه لا يقع بقولها ابنت شيء لانها اتت
بغير ما فوض اليها اذ الابانة تغاير الطلاق وان قال لها طلقي نفسك فليس له ان يرجع عنه
لان فيه معنى اليمين لانه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ولو قامت عن

عن مجلسها بطل لانه تمليك بخلاف ما اذا قال لها طلقي ضرتك لانه توكيل وانابة فلا يقتصر على
المجلس ويقبل الرجوع ولو قال لها طلقي نفسك متى شئت فلها ان تطلق نفسها في المجلس وبعده
لان كلمة متى عامة في الاوقات فصار كما اذا قال في اي وقت شئت واذا قال لرجل طلق
امرأتي فله ان يطلقها في المجلس وبعده وله ان يرجع عنه لانه توكيل وانه استعانة فلا يلزم
ولا يقتصر على المجلس بخلاف قوله لامرأته طلقي نفسك لانها عاملة لنفسها فكان تمليكا لا توكيلا
ولو قال لرجل طلقها ان شئت فله ان يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج ان يرجع عنه وقال
زفر رح هذا والاول سواء لان التصريح بالمشية كعدمه لانه يتصرف عن مشية فصار كالوكيل
بالبيع اذا قيل له بعه ان شئت ولنا انه تمليك لانه علقه بالمشية والمالك هو الذي يتصرف
عن مشية والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لانه لا يحتمله وان قال لها طلقي نفسك ثلثا
فطلقت نفسها واحدة فهي واحدة لانها ملكت ايقاع الثلث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة
ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلثا لم يقع شيء عند ابي حنيفة رح وقالا تقع
واحدة لانها اتت بما ملكته وزيادة فصار كما اذا طلقها الزوج الفا ولابي حنيفة رحمه الله
انها اتت بغير ما فوض اليها فكانت مبتدئة وهذا لان الزوج ملكها الواحدة والثلث غير
الواحدة لان الثلث اسم لعدد مركب مجتمع والواحد فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة
على سبيل المضادة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك وكذا هي في المسألة الاولى
لانها ملكت الثلث اما ههنا لم تملك الثلث وما اتت بما فوض اليها فلغا وان امرها بطلاق
يملك الرجعة فطلقت بائنة او امرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما امر به الزوج فمعنى
الاول ان يقول لها الزوج طلقي نفسك واحدة املك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة
بائنة فتقع رجعية لانها اتت بالاصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى
الاصل ومعنى الثاني ان يقول لها طلقي نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة
رجعية فتقع بائنة لان قولها واحدة رجعية لغو منها لان الزوج لما عين صفة المفوض
اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار كانها اقتصرت
على الاصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا وان قال لها طلقي نفسك ثلثا ان
شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء لان معناه ان شئت الثلث وهي بايقاع الواحدة ما
شاءت الثلث فلم يوجد الشرط ولو قال لها طلقي نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلثا
فكذلك عند ابي حنيفة رح لان مشية الثلث ليست بمشية الواحدة كايقاعها فلم يوجد الشرط
وقالا يقع واحدة لان مشية الثلث مشية للواحدة كما ان ايقاعها ايقاع للواحدة فوجد
الشرط ولو قال لها انت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوي الطلاق
بطل الامر لانه علق طلاقها بالمشية المرسلة وهي اتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط وهو

اشتغال بما لا يعنيها فخرج الأمر من يدها ولا يقع الطلاق من قولها شئت وإن نوى الطلاق لأنه
ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيًا طلاقها والنية لا تعمل في غير المذكور حتى
لو قالت شئت طلاقي يقع إذا نوى لأنه إيقاع مبتدأ إذ المشية تنبئ عن الوجود بخلاف
قولها أردت طلاقي لأنه لا ينبئ عن الوجود ولو قال أنت طالق إن شئت فقالت شئت إن شاء أبي أو شئت إن كان كذا لأمر
لم يجئ بعد لما ذكرنا أن المأتي به مشية معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الأمر وإن قالت قد شئت
إن كان كذا لأمر قد مضى طلقت لأن التعليق بشرط كائن تنجيز ولو قال لها أنت طالق إذا شئت
أو إذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فردت الأمر لم يكن ردًا ولا يقتصر على المجلس
أما كلمة متى ومتى ما فلأنها للوقت وهي عامة في الأوقات كلها كأنه قال في أي وقت شئت
فلا يقتصر على المجلس ولو ردت الأمر لم يكن ردًا لأنه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت
فلم يكن تمليكًا قبل المشية حتى يرتد بالرد ولا تطلق نفسها إلا واحدة لأنها تعم الأزمان
دون الأفعال فتملك التطليق في كل زمان ولا تملك تطليقًا بعد تطليق وأما كلمة إذا وإذا ما
فهي ومتى سواء عندهما وعند أبي حنيفة رح وإن كانت تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت لكن الأمر صار
بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل ولو قال لها أنت طالق كلما شئت فلها أن تطلق نفسها
واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثًا لأن كلمة كلما توجب تكرار الأفعال إلا أن التعليق
ينصرف إلى الملك القائم حتى لو عادت إليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها لم يقع شيء لأنه
ملك مستحدث وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثًا في كلمة واحدة لأنها توجب عموم الانفراد
لا عموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جملة وجمعًا ولو قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين
شئت لم تطلق حتى تشاء وإن قامت من مجلسها فلا مشية لها لأن كلمة حيث وأين من أسماء المكان
والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشية فيقتصر على المجلس بخلاف
الزمان لأن له تعلقًا به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره خصوصًا وعمومًا
وإن قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة ومعناه قبل المشية فإن
قالت قد شئت واحدة بائنة أو ثلاثًا وقال الزوج نويت ذلك فهو كما قال لأن عند ذلك تثبت
المطابقة بين مشيتها وبين إرادة الزوج أما إذا أرادت ثلاثًا والزوج واحدة بائنة
أو على القلب يقع واحدة رجعية لأنه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقي إيقاع الزوج
وإن لم تحضره النية تعتبر مشيتها فيما قالوا جريًا على موجب التخيير قال رض قال في الأصل
هذا قول أبي حنيفة رح وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة فتشاء تطليقة رجعية أو بائنة
أو ثلاثًا وعلى هذا الخلاف العتاق لهما أنه فوض التطليق إليها على أي صفة شاءت فلا بد من تعلق
أصل الطلاق بمشيتها لتكون لها المشية في جميع الأحوال أعني قبل الدخول وبعده ولأبي حنيفة
أن كلمة كيف للاستيصاف يقال كيف أصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود

أصله ووجود الطلاق بوقوعه ولو قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت طلقت نفسها
ما شاءت لأنهما يستعملان في العدد فقد فوض إليها أي عدد شاءت فإن قامت من مجلسها بطل
وإن ردت الأمر كان ردًا لأن هذا أمر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في
الحال وإن قال لها طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين
ولا تطلق ثلاثًا عند أبي حنيفة رح وقالا تطلق ثلاثًا إن شاءت لأن كلمة ما محكمة في التعميم
وكلمة من قد تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كما إذا قال كل من طعامي ما شئت أو طلق
من نسائي من شاءت ولأبي حنيفة أن كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فيعمل بهما فيما
استشهد به ترك التبعيض لدلالة إظهار السماحة أو لعموم الصفة وهو المشية حتى
لو قال من شئت كان على الخلاف والله أعلم

باب الأيمان في الطلاق

وإذا أضاف الطلاق
إلى النكاح وقع عقيب النكاح مثل أن يقول لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق أو كل
امرأة أتزوجها فهي طالق وقال الشافعي رح لا يقع لقوله عم لا طلاق قبل النكاح
ولنا أن هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال
لأن الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك أثره المنع وهو قائم بالمتصرف
والحديث محمول على نفي التنجيز والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهري وغيرهما
وإذا أضافه إلى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت
طالق وهذا بالاتفاق لأن الملك قائم في الحال والظاهر بقاؤه إلى وقت الشرط فيصح
يمينًا أو إيقاعًا ولا يصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكًا أو يضيفه إلى ملكه
لأن الجزاء لا بد أن يكون ظاهرًا ليكون مخيفًا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور
بأحد هذين والإضافة إلى سبب الملك بمنزلة الإضافة إلى الملك لأنه ظاهر عند سببه فإن
قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار لم تطلق لأن الحالف
ليس بمالك وما أضافه إلى الملك ولا إلى سببه ولا بد من واحد منهما وألفاظ الشرط إن وإذا
وإذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما لأن الشرط مشتق من العلامة وهذه الألفاظ مما يليها
أفعال فتكون علامات على الحنث ثم كلمة إن حرف للشرط لأنه ليس فيها معنى الوقت وما
وراءها ملحق بها وكلمة كل ليست شرطًا حقيقة لأن ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به
الجزاء والأجزية تتعلق بالأفعال إلا أنها ألحقت بالشرط لتعلق الفعل بالاسم الذي
يليها مثل قولك كل عبد اشتريته فهو حر قال ففي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط
انحلت وانتهت اليمين لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل
يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه إلا في كلما فإنها تقتضي تعميم الأفعال قال الله تعالى
كلما نضجت جلودهم بدلناهم جلودًا غيرها ومن ضرورة التعميم التكرار قال فإن

فإن تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لأنه باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات
في هذا النكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط وفيه خلاف زفر رح وسنقرره من بعد
إن شاء الله تعالى ولو دخلت على نفس التزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يحنث بكل مرة
وإن كان بعد زوج آخر لأن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالتزوج وذلك
غير محصور وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها لأنه لم يوجد الشرط فبقي اليمين والجزاء باق
لبقاء محله فبقي اليمين ثم إن وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق لأنه وجد
الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل الجزاء ولا يبقى اليمين لما قلنا وإن وجد في غير الملك انحلت اليمين
لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول قول
الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة لأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط ولأنه ينكر وقوع
الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها
في حق نفسها مثل أن يقول إن حضت فأنت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي
ولم تطلق فلانة ووقوع الطلاق استحسان والقياس أن لا يقع لأنه شرط فلا تصدق
كما في الدخول وجه الاستحسان أنها أمينة في حق نفسها إذ لا يعلم ذلك إلا من جهتها فيقبل
قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا يقبل
قولها في حقها وكذا لو قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله في نار جهنم فأنت طالق وعبدي
حر فقالت أحب أو قال إن كنت تحبيني فأنت طالق وهذه معك فقالت أحبك طلقت
هي ولم تطلق صاحبتها ولم يعتق العبد لما بينا ولا يتيقن بكذبها لأنها لشدة
بغضها إياه قد تحب التخلص منه بالعذاب وفي حقها إن تعلق الحكم بإخبارها وإن كانت
كاذبة ففي حق غيرها بقي الحكم على الأصل وهي المحبة وإذا قال لها إن حضت فأنت طالق
فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر ثلاثة أيام لأن ما ينقطع دونها لا يكون حيضا فإذا
تمت ثلاثة أيام حكمنا بوقوع الطلاق من حين حاضت لأنه بالامتداد عرف أنه من الرحم فكان
حيضا من الابتداء ولو قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضها
لأن الحيضة بالهاء هي الكامل منها ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكمالها بانتهائها
وذلك بالطهر وإذا قال أنت طالق إذا صمت يوما طلقت حين تغرب الشمس في اليوم الذي
تصوم فيه لأن اليوم إذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار بخلاف ما إذا قال إذا صمت
لأنه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركنه وشرطه ومن قال لامرأته إذا ولدت
غلاما فأنت طالق واحدة وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية
ولا يدرى أيهما أول لزمه في القضاء تطليقة وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة
لأنها لو ولدت الغلام أولا وقعت واحدة وتنقضي عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع

أخرى به لما ذكرنا أنه حال انقضاء العدة ولو ولدت الجارية أولا وقع تطليقتان وانقضت
عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا أنه حال الانقضاء فإذا في حال يقع واحدة وفي
حال ثنتان فلا يقع الثانية بالشك والأولى أن يأخذ بالثنتين تنزها واحتياطا والعدة
منقضية بيقين لما ذكرنا وإن قال لها إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها واحدة فبانت
وانقضت عدتها فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها فكلمت أبا يوسف فهي طالق ثلاثا مع الواحدة الأولى
وقال زفر رح لا يقع وهذه على وجوه أما إن وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر
أو وجد في غير الملك فلا يقع أو وجد الأول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع أيضا لأن
الجزاء لا ينزل في غير الملك أو وجد الأول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسألة الكتاب خلافا لزفر فيه
له اعتبار الأول بالثاني إذ هما في حكم الطلاق كشيء واحد ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم
إلا أن الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود لاستصحاب الحال فتصح اليمين
وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لأنه لا ينزل إلا في الملك وفيما بين ذلك الحال حال بقاء اليمين
فيستغنى عن قيام الملك إذ بقاؤه بمحله وهو الذمة وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت
طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجا آخر ودخل بها ثم عادت إلى الأول فدخلت
الدار طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة رح وأبي يوسف رح وقال محمد رح هي طالق ما بقي من الطلاق وهو
قول زفر رح وأصله أن الزوج الثاني يهدم ما دون الثلاث عندهما فتعود إليه بالثلاث وعند
محمد وزفر رح لا يهدم فتعود إليه بما بقي وسنبين إن شاء الله تعالى وإن قال لها إن دخلت الدار
فأنت طالق ثلاثا ثم قال لها أنت طالق ثلاثا فتزوجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول
فدخلت الدار لم يقع شيء وقال زفر والشافعي رح يقع الثلاث لأن الجزاء ثلاث مطلقة لإطلاق
اللفظ وقد بقي احتمال وقوعها فتبقى اليمين ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك لأنها هي المانعة
لأن الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع أو الحمل وإذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجيز
الثلاث المبطل للمحلية فلا تبقى اليمين بخلاف ما إذا أبانها لأن الجزاء باق لبقاء محله ولو قال
لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان لبث ساعة لم يجب عليه
المهر وإن أخرجه ثم أدخله وجب عليه المهر وكذا إذا قال لأمته إذا جامعتك فأنت حرة وعن
أبي يوسف رح أنه أوجب المهر في الفصل الأول أيضا لوجود الجماع بالدوام عليه إلا أنه لا يجب
الحد للاتحاد وجه الظاهر أن الجماع إدخال الفرج في الفرج ولا دوام للإدخال بخلاف
ما إذا أخرج ثم أولج لأنه وجد الإدخال بعد الطلاق إلا أن الحد لا يجب لشبهة الاتحاد بالنظر
إلى المجلس والمقصود وإذا لم يجب الحد وجب العقر إذ الوطء لا يخلو عن أحدهما ولو كان الطلاق
رجعيا يصير مراجعا باللبث عند أبي يوسف رح خلافا لمحمد رح لوجود المساس ولو نزع ثم أولج
يصير مراجعا بالإجماع لوجود الجماع والله أعلم **فصل في الاستثناء** وإذا قال لامرأته

انت طالق ان شاء الله متصلا لم يقع الطلاق لقوله عليه السلام من حلف بطلاق او عتاق وقال ان شاء الله
متصلا به لا حنث عليه ولانه اتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وانه اعدام
العلة قبل الشرط والشرط لا يعلم هاهنا فيكون اعداما من الاصل ولهذا يشترط ان يكون
متصلا به بمنزلة سائر الشروط ولو سكت ثبت حكم الكلام الاول فيكون الاستثناء او ذكر
الشرط بعده رجوعا عن الاول قال وكذا اذا مات قبل قوله ان شاء الله لان بالاستثناء
خرج الكلام من ان يكون ايجابا والموت ينافي الموجب دون المبطل بخلاف ما اذا ماتت
الزوجة لانه لم يتصل به الاستثناء وان قال انت طالق ثلثا الا واحدة طلقت ثنتين وان
قال الا ثنتين طلقت واحدة والاصل ان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ومعناه
انه تكلم بالمستثنى منه اذ لا فرق بين قول القائل لفلان علي درهم وبين قوله عشرة الا تسعة
فيصح استثناء البعض من الجملة لانه يبقى التكلم بالبعض بعده ولا يصح استثناء الكل من الكل
لانه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلما به وصارفا اللفظ اليه وانما يصح ذلك اذا كان
موصولا به كما ذكرنا من قبل اذا ثبت هذا ففي الفصل الاول المستثنى منه ثنتان فيقعان
وفي الثاني واحدة فيقع واحدة ولو قال ثلثا الا ثلثا يقع الثلث لانه استثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء

باب في طلاق المريض

واذا طلق الرجل امرأته في مرض موته طلاقا باينا فمات وهي في العدة ورثته وان مات بعد انقضاء
عدتها فلا ميراث لها وقال الشافعي رحمه الله لا ترث في الوجهين لان الزوجية قد بطلت بهذا
العارض وهي السبب ولهذا لا يرثها اذا ماتت ولنا ان الزوجية سبب ارثها في مرض موته
والزوج قصد ابطاله فيرد عليه قصده بتاخير عمله الى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر
عنها وقد امكن لان النكاح في العدة يبقى في حق بعض الاثار فجاز ان يبقى في حق ارثها
عنه بخلاف ما بعد الانقضاء لانه لا امكان والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لارثه
عنها فيبطل في حقه خصوصا اذا رضي به وان طلقها ثلثا بامرها او قال لها اختاري
فاختارت نفسها او اختلعت منه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لانها رضيت بابطال حقها
والتاخير لحقها وان قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلثا ورثته لان الطلاق الرجعي
لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها وان قال لها في مرض موته كنت طلقتك
ثلثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل
من ذلك ومن الميراث عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز اقراره ووصيته وان
طلقها ثلثا في مرضه بامرها ثم اقر لها بدين او اوصى لها بوصية فلها الاقل من ذلك ومن الميراث
في قولهم جميعا الا على قول زفر فان لها جميع ما اوصى به وما اقر لان الميراث لما بطل
بسؤالها زال المانع من صحة الاقرار والوصية وجه قولهما في المسالة الاولى انهما لما تصادقا

على الطلاق وانقضاء العدة صارت اجنبية عنه فانعدمت التهمة الا ترى انه
تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكوة فيها بخلاف المسالة الثانية لان العدة باقية وهي
سبب التهمة والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقرابة ولا عدة في المسالة
الاولى ولابي حنيفة رحمه الله في المسالتين ان التهمة قائمة لان المراة قد تختار الطلاق
لينفتح باب الاقرار والوصية عليها فيزيد حقها والزوجان قد يتواضعان على الاقرار بالفرقة
وانقضاء العدة ليبرها الزوج بالزيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة
فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث فصححناه ولا مواضعة عادة في حق الزكوة والتزوج
والشهادة ولا تهمة في حق هذه الاحكام قال ومن كان محصورا او في صف القتال
فطلق امراته ثلثا لم ترثه وان كان قد بارز رجلا او قدم ليقتل في قصاص او رجم ورثته
ان مات في ذلك الوجه او قتل واصله ما بينا ان امراة الفار ترث استحسانا وانما يثبت حكم
الفرار بتعلق حقها بماله وانما يتعلق بمرض يخاف منه الهلاك غالبا كما اذا كان صاحب فراش
وهو ان يكون بحال لا يقوم بحوائجه كما يعتاده الاصحاء وقد يثبت حكم الفرار بما هو في
معنى المرض في توجه الهلاك الغالب وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار
فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لان الحصن لدفع باس العدو وكذا
المنعة فلا يثبت به حكم الفرار والذي بارز او قدم ليقتل الغالب منه الهلاك فيتحقق
به الفرار ولهذه اخوات تخرج على هذا الحرف وقوله اذا مات في ذلك الوجه او قتل
دليل على انه لا فرق بين ما اذا مات بذلك السبب او بسبب اخر كصاحب الفراش بسبب المرض
اذا قتل واذا قال الرجل لامراته وهو صحيح اذا جاء راس الشهر او اذا دخلت الدار او اذا صلى
فلان الظهر او اذا دخل فلان الدار فانت طالق فكانت هذه الاشياء والزوج مريض لم ترث
وان كان القول في المرض ورثت الا في قوله اذا دخلت الدار وهذا على وجوه اما
ان يعلق الطلاق بمجيء الوقت او بفعل الاجنبي او بفعل نفسه او بفعل المراة وكل
وجه على وجهين اما ان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض او كلاهما في المرض
اما الوجهان الاولان وهو ما اذا كان التعليق بمجيء الوقت بان قال اذا جاء راس الشهر
فانت طالق او بفعل الاجنبي بان قال اذا دخل فلان الدار او صلى فلان الظهر فان كان
التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر رحمه الله ترث لان المعلق بالشرط
ينزل عند الشرط كالمنجز فكان ايقاعا في المرض ولنا ان التعليق السابق يصير تطليقا
عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه واما الوجه الثالث
وهو ما اذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق والشرط في المرض او كلاهما في المرض
والفعل مما له منه بد او لا بد له منه يصير فارا لوجود قصد الابطال اما بالتعليق

أو بمباشرة الشرط في المرض وإن لم يكن له من فعل الشرط بد فلا رضى منه بالمعلق الضار فيرد
تصرفه دفعا للضرر عنها وأما الوجه الرابع وهو ما إذا علقه بفعلها فإن كان التعليق
والشرط في المرض والفعل مما لها منه بد ككلام زيد ونحوه لم ترث لأنها راضية بذلك وإن
كان الفعل مما لا بد لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر وكلام الأبوين فلها الميراث
لأنها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك إما في الدنيا أو في العقبى
ولا رضى مع الاضطرار وأما إذا كان التعليق في الصحة إن كان الفعل مما لها بد منه فلا
إشكال أنه لا ميراث لها وإن كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رح وهو قول زفر
لأنه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رح ترث لأن
الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه كأنها آلة له كما في الإكراه قال وإذا طلقها
ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث وقال زفر رح ترث لأنه قصد الفرار حين أوقع في المرض
وقد مات وهي في العدة ولكنا نقول المرض إذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصحة لأنه
ينعدم به مرض الموت فتبين أنه لا حق يتعلق بماله فلا يصير الزوج فارا ولو طلقها
فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات من مرضه وهي في العدة لم ترث وإن لم ترتد بل طاوعت
ابن زوجها في الجماع ورثت ووجه الفرق أنها بالردة أبطلت أهلية الإرث إذ المرتد
لا يرث أحدا ولا بقاء له بدون الأهلية وبالمطاوعة ما أبطلت الأهلية لأن المحرمية لا تنافي
الإرث وهو الباقي بخلاف ما إذا طاوعت في حال قيام النكاح لأنها تثبت الفرقة فتكون
راضية ببطلان السبب وبعد الطلقات الثلاث لا تثبت الحرمة بالمطاوعة لتقدمها عليها فافترقا
ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت وقال محمد رح لا ترث وإن كان القذف
في المرض ورثت في قولهم جميعا وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه إذ هي ملجأة إلى
الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه وإن آلى وهو صحيح ثم بانت
بالإيلاء وهو مريض لم ترث وإن كان الإيلاء أيضا في المرض ورثت لأن الإيلاء في معنى تعليق
الطلاق بمضي أربعة أشهر خالية عن الوقاع فيكون ملحقا بالتعليق بمجيء الوقت وقد
ذكرنا وجهه قال والطلاق الذي يملك فيه الرجعة ترث به في جميع الوجوه لما بينا أنه
لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء فكان السبب قائما وكل ما ذكرنا أنها ترث إنما ترث إذا مات
وهي في العدة وقد بيناه والله أعلم

باب الرجعة

إذا طلق امرأته تطليقة رجعية
أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها رضيت بذلك أو لم ترض لقوله تعالى فأمسكوهن
بمعروف من غير فصل ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة استدامة الملك ألا ترى أنه سمي
إمساكا وهو الإبقاء وإنما يتحقق الاستدامة في العدة لأنه لا ملك بعد انقضائها والرجعة
أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتي وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الأئمة قال

قال أو يطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر إلى فرجها بشهوة وهذا عندنا وقال الشافعي رح
لا تصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم
وطؤها عنده وعندنا هو استدامة على ما بيناه وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى والفعل
قد يقع دلالة على الاستدامة كما في إسقاط الخيار والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه
الأفاعيل تختص به خصوصا في الحرة بخلاف المس والنظر بغير شهوة لأنه قد يحل بدون النكاح
كما في القابلة والطبيب وغيرهما والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكنين و
الزوج يساكنها في العدة فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها قال ويستحب
أن يشهد على الرجعة شاهدين وإن لم يشهد صحت الرجعة وقال الشافعي رح في أحد
قوليه لا تصح الرجعة وهو قول مالك لقوله تعالى وأشهدوا ذوي عدل منكم والأمر
للإيجاب ولنا أن إطلاق النص ساكت عن قيد الإشهاد ولأنه استدامة النكاح و
الشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما في الفيء في الإيلاء إلا أنها تستحب لزيادة
الاحتياط كيلا يجري التناكر فيها وما تلاه محمول عليه ألا ترى أنه قرنها بالمفارقة
وهو فيها مستحب ويستحب أن يعلمها كيلا تقع في المعصية وإذا انقضت العدة فقال
قد كنت راجعتك في العدة فصدقته فهي رجعة وإن كذبته فالقول قولها لأنه أخبر
عما لا يملك إنشاءه في الحال فكان متهما إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة ولا يمين عليها
عند أبي حنيفة رح وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة وقد مر في النكاح وإذا قال
الزوج قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة
وقالا تصح لأنها صادفت العدة إذ هي باقية ظاهرا إلى أن تخبر وقد سبقته الرجعة
ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولأبي حنيفة
أنها صادفت حالة الانقضاء لأنها أمينة في الإخبار عن الانقضاء فإذا أخبرت دل ذلك
على سبق الانقضاء وأقرب أحواله حال قول الزوج ومسألة الطلاق على الخلاف ولو كانت
على الاتفاق فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به وإذا قال زوج
الأمة بعد انقضاء عدتها قد كنت راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فالقول
قولها عند أبي حنيفة وقالا القول قول المولى لأن بضعها مملوك له وقد أقر بما هو خالص
حقه للزوج فشابه الإقرار عليها بالنكاح ولأبي حنيفة حكم الرجعة يبتنى على العدة
والقول في العدة قولها فكذا فيما يبتنى عليها ولو كان على القلب فعندهما القول قول
المولى وكذا عنده في الصحيح لأنها منقضية العدة في الحال وقد ظهر ملك المتعة
للمولى فلا يقبل قولها في إبطاله بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق في الرجعة
مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة وإن قالت قد انقضت عدتي

وقال الزوج والمولى لم تنقض فالقول قولها لانها امينة في ذلك اذ هي العالمة به واذا انقطع
الدم من الحيضة الثالثة لعشرة ايام انقطعت الرجعة وان لم تغتسل وان انقطع لاقل من عشرة
ايام لم تنقطع حتى تغتسل او يمضي عليها وقت صلوة كامل لان الحيض لا مزيد له على العشرة
فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة وفيما دون العشرة
يحتمل عود الدم فلا بد ان يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال او بلزوم حكم من احكام الطاهرات
بمضي وقت الصلوة بخلاف ما اذا كانت كتابية لانه لا يتوقع في حقها امارة زائدة فاكتفي بالانقطاع
وينقطع الرجعة اذا تيممت وصلت عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وهذا استحسان وقال محمد اذا تيممت
انقطعت وهذا قياس لان التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة حتى يثبت به من الاحكام ما يثبت
بالاغتسال فكان بمنزلته ولهما انه ملوث غير مطهر وانما اعتبر طهارة ضرورة ان لا تتضاعف
الواجبات وهذه الضرورة تتحقق حال اداء الصلوة لا فيما قبلها من الاوقات والاحكام الثابتة
ايضا ضرورية اقتضائية ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما وقيل بعد الفراغ ليتقرر
حكم جواز الصلوة واذا اغتسلت ونسيت شيئا من بدنها لم يصبه الماء فان كان عضوا فما فوقه
لم تنقطع الرجعة وان كان اقل من عضو انقطعت الرجعة قال رض وهذا استحسان والقياس
في العضو الكامل ان لا تبقى الرجعة لانها غسلت الاكثر والقياس فيما دون العضو ان
تبقى الرجعة لان حكم الجنابة والحيض لا يتجزى ووجه الاستحسان وهو الفرق ان ما دون
العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا بانه تنقطع الرجعة
ولا يحل لها التزوج اخذا بالاحتياط فيهما بخلاف العضو الكامل لانه لا يتسارع اليه الجفاف
ولا يغفل عنه عادة فافترقا وعن ابي يوسف رح ان ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو
كامل وعنه وهو قول محمد رح هو بمنزلة ما دون العضو لان في فرضيتهما اختلافا بخلاف غيرهما
من الاعضاء ومن طلق امراته وهي حامل او ولدت منه وقال لم اجامعها فله الرجعة لان الحبل متى
ظهر في مدة يتصور ان يكون منه جعل منه لقوله عم الولد للفراش وذلك دليل الوطي منه وكذا
اذا ثبت نسب الولد منه جعل واطئا واذا ثبت الوطي تاكد الملك والطلاق في ملك متاكد
يعقب الرجعة ويبطل زعمه بتكذيب الشرع الا ترى انه يثبت بهذا الوطي الاحصان فلان تثبت
الرجعة اولى وتاويل مسئلة الولادة ان تلد قبل الطلاق لانها لو ولدت بعد الطلاق تنقضي العدة
بالولادة فلا تتصور الرجعة فان خلا بها واغلق بابا او ارخى سترا وقال لم اجامعها ثم طلقها
لم يملك الرجعة لان تاكد الملك بالوطي وقد اقر بعدمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه
ولم يصر مكذبا شرعا لان تاكد المهر المسمى يبتني على تسليم المبدل لا على القبض بخلاف الفصل
الاول فان راجعها معناه بعدما خلا بها وقال لم اجامعها ثم جاءت بولد لاقل من سنتين بيوم صحت
تلك الرجعة لانه يثبت النسب منه اذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة

فانزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لان على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق
لعدم الوطي قبله فيحرم الوطي والمسلم لا يفعل الحرام وان قال لها اذا ولدت فانت طالق
فولدت ثم اتت بولد اخر فهي رجعة معناه من بطن اخر وهو ان يكون بعد ستة اشهر وان
كان اكثر من سنتين اذا لم تقر بانقضاء العدة لانه وقع الطلاق عليها بالولد الاول ووجبت
العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لانها لم تقر بانقضاء العدة
فيصير مراجعا وان قال كلما ولدت ولدا فانت طالق فولدت ثلثة اولاد في بطون
مختلفة فالولد الاول طلاق والولد الثاني رجعة وكذلك الثالث لانها اذا جاءت بالاول وقع الطلاق وصارت
معتدة وبالثاني صار مراجعا لما بينا انه يجعل العلوق بوطي حادث في العدة ويقع
الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لان اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة
وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا ووقعت الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة
بالاقراء لانها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق والمطلقة الرجعية تتشوف وتتزين
لانها حلال للزوج اذ النكاح قائم بينهما ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل عليها فيكون مشروعا
ويستحب لزوجها ان لا يدخل عليها حتى يوذنها او يسمعها خفق نعليه معناه اذا لم يكن من قصده
المراجعة لانها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعا ثم يطلقها فتطول
العدة عليها وليس له ان يسافر بها حتى يشهد على رجعتها وقال زفر رح له ذلك لقيام النكاح
ولهذا له ان يغشاها عندنا ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن الاية ولان تراخي
عمل المبطل لحاجته الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر انه لا حاجة فتبين ان
المبطل عمل من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة فلم يملك الزوج الاخراج الا ان
يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج وقوله حتى يشهد على رجعتها معناه
الاستحباب على ما قدمناه والطلاق الرجعي لا يحرم الوطي وقال الشافعي رح يحرمه لان الزوجية
زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق ولنا انها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لان حق
الرجعة يثبت نظرا للزوج ليمكنه التدارك عند اعتراض الندم وهذا المعنى يوجب
استبداده به وذلك يوذن بكونه استدامة لا انشاء اذ الدليل ينافيه والقاطع اخر
عمله الى مدة اجماعا او نظرا له على ما تقدم والله اعلم

فصل فيما تحل به المطلقة

واذا كان
الطلاق بائنا دون الثلث فله ان يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لان حل المحلية باق
لان زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب
ولا اشتباه في اطلاقه وان كان الطلاق ثلثا في الحرة او ثنتين في الامة لم تحل له حتى تنكح
زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم يطلقها او يموت عنها والاصل فيه قوله تعالى فان
طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في

في الأمة كالثلاث في الحرة لأن الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج
مطلقا والزوجية المطلقة إنما تثبت بنكاح صحيح وشرط الدخول ثبت بإشارة النص
وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الإفادة دون الإعادة إذ العقد استفيد
بإطلاق اسم الزوج أو يزاد على النص بالحديث المشهور وهو قوله عم لا تحل للأول حتى تذوق
عسيلة الآخر يروى بروايات ولا خلاف فيه لأحد سوى سعيد بن المسيب رح وقوله
غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الإيلاج دون الإنزال لأنه كمال ومبالغة
فيه والكمال قيد والصبي المراهق في التحليل كالبالغ لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو
الشرط بالنص ومالك رح يخالفنا فيه والحجة عليه ما بيناه وفسره في الجامع الصغير
وقال غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل وأحلها للزوج الأول ومعنى هذا
الكلام أن تتحرك آلته ويشتهي وإنما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب
لنزول مائها والحاجة إلى الإيجاب في حقها أما لا غسل على الصبي وإن كان يؤمر به تخلقا قال
ووطء المولى أمته لا يحلها لأن الغاية نكاح الزوج بالنص وإذا تزوجها بشرط التحليل
فالنكاح مكروه لقوله عم لعن الله المحلل والمحلل له وهذا محمله فإن طلقها بعد ما وطئها
حلت للأول لوجود الدخول في نكاح صحيح إذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن أبي يوسف رح
أنه يفسد النكاح لأنه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الأول لفساده وعن محمد رح
يصح النكاح لما بينا ولا يحلها على الأول لأنه استعجل ما أخره الشرع فيجازى بمنع مقصوده
كما في قتل المورث وإذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزوج
آخر ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني الطلقة والطلقتين
كما يهدم الثلث وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحهما وقال محمد رح لا يهدم ما دون الثلث لأنه
غاية للحرمة بالنص فيكون منهيا ولا إنهاء للحرمة قبل الثبوت ولهما قوله عم لعن الله المحلل
والمحلل له سماه محللا وهو المثبت للحل وإذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي و
تزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتمل ذلك جاز
للزوج أن يصدقها إن كان في غالب ظنه أنها صادقة لأنه معاملة أو أمر ديني
لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر إذا كانت المدة تحتمله
واختلفوا في أدنى هذه المدة وسنبينها في باب العدة إن شاء الله تعالى والله أعلم

باب الإيلاء

إذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول لقوله تعالى للذين
يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الآية فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث
في يمينه ولزمته الكفارة لأن الكفارة موجب الحنث وسقط الإيلاء لأن اليمين ترتفع
بالحنث وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطليقة وقال الشافعي رح
تبين بتفريق القاضي لأنه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الجب
والعنة ولنا أنه ظلمها بمنع حقها فجازاه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة
وهو المأثور عن عثمان وعلي وزيد بن ثابت والعبادلة الثلاثة رض وكفى بهم قدوة
ولأنه كان طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة وإن كان حلف على أربعة أشهر
فقد سقطت اليمين لأنها كانت مؤقتة بها وإن كان حلف على الأبد فاليمين باقية لأنها مطلقة
ولم يوجد الحنث لترتفع به إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لأنه لم يوجد منع الحق بعد
البينونة فإن عاد فتزوجها عاد الإيلاء فإن وطئها وإلا وقعت بمضي أربعة أشهر تطليقة
أخرى لأن اليمين باقية لإطلاقها وبالتزوج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء
هذا الإيلاء من وقت التزوج فإن تزوجها ثالثا عاد الإيلاء ووقعت بمضي أربعة أشهر أخرى
إن لم يقربها لما بيناه فإن تزوجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاق لتقيده بطلاق
هذا الملك وهي فرع مسألة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل واليمين باقية لإطلاقها
وعدم الحنث فإن وطئها كفر عن يمينه لوجود الحنث فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن
موليا لقول ابن عباس رض لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر ولأن الامتناع عن قربانها في أكثر
المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه ولو قال والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد
هذين الشهرين فهو مول لأنه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع ولو مكث يوما ثم قال
والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن موليا لأن الثاني إيجاب مبتدأ وقد صار
ممنوعا بعد اليمين الأولى شهرين وبعد الثانية أربعة إلا يوما مكث فيه فلم تتكامل مدة المنع
ولو قال والله لا أقربك سنة إلا يوما لم يكن موليا خلافا لزفر رح وهو يصرف الاستثناء
إلى آخرها اعتبارا بالإجارة فتمت مدة المنع ولنا أن المولي من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمه
ويمكنه ههنا لأن المستثنى يوم منكر بخلاف الإجارة لأن الصرف إلى الآخر لتصحيحها فإنها لا تصح
مع التنكير ولا كذلك اليمين ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار موليا
لسقوط الاستثناء ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامرأته بها لم يكن موليا
لأنه يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه بالإخراج من الكوفة قال ولو حلف بحج أو بصوم أو بصدقة
أو بعتق أو بطلاق فهو مول لتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الأجزية
مانعة لما فيها من المشقة وصورة الحلف بالعتق أن يعلق بقربانها عتق عبده وفيه خلاف
أبي يوسف رح فإنه يقول يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم
فلا يمنع المانعية فيه والحلف بالطلاق أن يعلق بقربانها طلاقها أو طلاق ضرتها
وكل ذلك مانع وإن آلى من المطلقة الرجعية كان موليا وإن آلى من البائنة لم يكن موليا لأنه

لان الزوجية قائمة في الاولى دون الثانية ومحل الايلاء من يكون من نسائنا بالنص فلو انقضت
العدة قبل انقضاء مدة الايلاء سقط الايلاء لفوات المحلية ولو قال لاجنبية والله لا اقربك
او انت علي كظهر امي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لان الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام
المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك فان قربها كفر لتحقق الحنث اذ اليمين منعقدة في حقه
ومدة ايلاء الامة شهران لان هذه مدة ضربت اجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة
وان كان المولي مريضا لا يقدر على الجماع او كانت مريضة او رتقاء او صغيرة لا تجامع او كانت
بينهما مسافة لا يقدر ان يصل اليها في مدة الايلاء ففيؤه ان يقول بلسانه فئت اليها فاذا قال ذلك
سقط الايلاء وقال الشافعي رح لا فيء الا بالجماع واليه ذهب الطحاوي رح لانه لو كان فيئا
لحانث ولنا انه اذاها بذكر المنع فيكون ارضاؤها بالوعد باللسان واذا ارتفع الظلم لا يجازى
بالطلاق ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الفيء وصار فيؤه بالجماع لانه قدر على الاصل قبل حصول
المقصود بالخلف واذا قال لامرأته انت علي حرام سئل عن نيته فان قال اردت به الكذب فهو
كما قال لانه نوى حقيقة كلامه وقيل لا يصدق في القضاء لانه يمين ظاهرا وان قال اردت
به الطلاق فهي تطليقة بائنة الا ان ينوي الثلاث وقد ذكرناه في الكنايات وان قال اردت
الظهار فهو ظهار وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح ليس بظهار لانعدام التشبيه
بالمحرمة وهو الركن فيه ولهما انه اطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد
وان قال اردت به التحريم او لم ارد به شيئا فهو يمين ويصير به موليا لان الاصل في تحريم الحلال
انما هو اليمين عندنا وسنذكره ان شاء الله تعالى في باب الايمان ومن المشايخ من يصرف لفظة
التحريم الى الطلاق من غير نية بحكم العرف والله اعلم

باب الخلع

واذا تشاق الزوجان
وخافا ان لا يقيما حدود الله فلا باس بان تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به لقوله تعالى فلا جناح
عليهما فيما افتدت به فاذا فعل ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله عم الخلع
تطليقة بائنة ولانه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات والواقع بالكنايات بائن الا ان
ذكر المال اغنى عن النية هنا ولانها لا تسلم المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة
وان كان النشوز من قبله يكره له ان ياخذ منها عوضا لقوله تعالى وان اردتم استبدال
زوج مكان زوج الى ان قال فلا تاخذوا منه شيئا ولانه اوحشها بالاستبدال فلا يزيد
في وحشتها باخذ المال وان كان النشوز منها كره له ان ياخذ منها اكثر مما اعطاها وفي
رواية الجامع الصغير طاب الفضل ايضا لاطلاق ما تلونا بدءا ووجه الاخرى قوله عم
في امراة ثابت بن قيس بن شماس اما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو اخذ الزيادة
جاز في القضاء وكذلك اذا اخذ والنشوز منه لان مقتضى ما تلوناه شيئان الجواز
حكما والاباحة وقد ترك العمل في حق الاباحة لمعارض فيبقى معمولا به في الباقي فان طلقها على مال

على مال فقبلت وقع الطلاق ولزمها المال لان الزوج يستبد بالطلاق تنجيزا وتعليقا وقد
علقه بقبولها والمراة تملك التزام المال لولايتها على نفسها وملك النكاح مما يجوز الاعتياض
عنه وان لم يكن مالا كالقصاص وكان الطلاق بائنا لما بينا ولانه معاوضة المال بالنفس
وقد ملك الزوج احد البدلين فتملك هي الاخر وهو النفس تحقيقا للمساواة قال وان بطل
العوض في الخلع مثل ان يخالع المسلمة على خمر او خنزير او ميتة فلا شيء للزوج والفرقة
بائنة وان بطل العوض في الطلاق كان رجعيا فوقوع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول
وافتراقهما في الحكم لانه لما بطل العوض كان العامل في الاول لفظ الخلع وهو كناية وفي الثاني
صريح وهو يعقب الرجعة وانما لم يجب للزوج شيء عليها لانها ما سمت مالا متقوما حتى تصير
غارة له ولانه لا وجه الى ايجاب المسمى للاسلام ولا الى ايجاب غيره لعدم الالتزام بخلاف
ما اذا خالع على خل بعينه فظهر خمرا لانها سمت مالا فصار مغرورا وبخلاف ما اذا كاتب
او اعتق على خمر حيث يجب قيمة العبد لان ملك المولى فيه متقوم وما رضي بزواله مجانا
اما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما نذكر وبخلاف النكاح لان البضع في حالة
الدخول متقوم والفقه فيه انه شريف فلم يشرع تملكه الا بعوض اظهارا لشرفه واما الاسقاط
فنفسه شرف فلا حاجة الى ايجاب المال قال وما جاز ان يكون مهرا جاز ان يكون بدلا في الخلع
لان ما يصلح عوضا للمتقوم اولى ان يصلح لغير المتقوم فان قالت له خالعني على ما في يدي
فخالعها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لانها لم تغره بتسمية المال وان قالت خالعني على ما في يدي
من مال فخالعها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لانها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا
بالزوال الا بعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى قيمة البضع اعني مهر المثل
لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه ولو
قالت خالعني على ما في يدي من دراهم او من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم
لانها سمت الجمع واقله ثلاثة وكلمة من ههنا للصلة دون التبعيض لان الكلام يختل بدونه
وان اختلعت على عبد لها آبق على انها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه ان قدرت
وتسليم قيمته ان عجزت لانه عقد معاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط
فاسد فيبطل الا ان الخلع لا يبطل بالشروط الفاسدة على هذا النكاح واذا قالت طلقني
ثلاثا بالف فطلقها واحدة فعليها ثلث الالف لانها لما طلبت الثلاث بالف فقد طلبت كل
واحدة بثلث الالف وهذا لان حرف الباء تصحب الاعواض والعوض ينقسم على المعوض
والطلاق باين لوجوب المال وان قالت طلقني ثلاثا على الف فطلقها واحدة فلا شيء عليها
عند ابي حنيفة رح ويملك الرجعة وقالا هي واحدة بائنة بثلث الالف لان كلمة على بمنزلة الباء
في المعاوضات حتى ان قولهم احمل هذا الطعام بدرهم او على درهم سواء وله ان كلمة على للشرط

قال الله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا ومن قال لامراته انت طالق على ان تدخلي
الدار كان شرطا وهذا لانه للزوم حقيقة واستعير للشرط لانه يلازم الجزاء واذا كان للشرط
فالمشروط لا يتوزع على اجزاء الشرط صورته ان يقول ان دخلت الدار الثلث فانت طالق فتدخل
دارا واحدا لا يقع طلاقا واحدا اذا دخلت الدار الثلث يقع الثلث بخلاف الباء لانه للعوض على
ما مر واذا لم يجب المال كان مبتدئا فوقع ويملك الرجعة ولو قال الزوج طلقي نفسك ثلثا بالف
او على الف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء لان الزوج ما رضي بالبينونة الا ليسلم له الالف
كله بخلاف قولها طلقني ثلثا بالف لانها لما رضيت بالبينونة بالف كانت ببعضها ارضى ولو قال
لها انت طالق على الف فقبلت طلقت وعليها الالف وهو كقوله انت طالق بالف ولا بد من القبول
في الوجهين لان معنى قوله بالف بعوض يجب لي عليك ومعنى قوله على الف على شرط الف
يكون لي عليك والعوض لا يجب بدونه ثم ايقاع المعلق بالشرط لا ينزل قبل وجوده والطلاق
بائن لما قلنا ولو قال لامراته انت طالق وعليك الف فقبلت او قال لعبده انت حر وعليك
الف فقبل عتق العبد وطلقت المراة ولا شيء عليهما عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا لم يقبلا
وقالا على كل واحد منهما الالف اذا قبل وان لم يقبل لم يقع الطلاق والعتاق لهما ان هذا
الكلام يستعمل للمعاوضة فان قولهم احمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم وله
انه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله الا بدلالة اذ الاصل فيها الاستقلال ولا دلالة لان
الطلاق والعتاق ينفكان عن المال بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان بدونه
ولو قال انت طالق على الف على اني بالخيار او على انك بالخيار ثلثة ايام فقبلت فالخيار
باطل اذا كان للزوج وهو جائز اذا كان للمراة فان ردت الخيار في الثلث بطل وان لم ترد
طلقت ولزمها الالف وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الخيار باطل في الوجهين جميعا
والطلاق واقع وعليها الف درهم لان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد
والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لانه في جانبه يمين ومن جانبها شرط اليمين وله
ان الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط
الخيار فيه اما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ولا خيار
في الايمان وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق ومن قال لامراته طلقتك امس على الف
درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ومن قال لغيره بعت منك هذا العبد
امس بالف درهم فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري ووجه الفرق ان الطلاق
بالمال يمين من جانبه فالاقرار به لا يكون اقرارا بالشرط لصحته بدونه اما البيع لا يتم الا بالقبول
فالاقرار به اقرار بما لا يتم الا به فانكاره القبول رجوع منه قال والمبارأة كالخلع كلاهما
يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند ابي حنيفة رحمه الله وقال

محمد رحمه الله لا يسقط فيهما الا ما سمياه وابو يوسف رحمه الله معه في الخلع ومع ابي حنيفة رحمه الله في المبارأة
لمحمد رحمه الله ان هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر المشروط لا غير ولابي يوسف ان المبارأة مفاعلة
من البراءة فتقتضيها من الجانبين وانه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض اما الخلع
فمقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة الى انقطاع الاحكام ولابي حنيفة
ان الخلع ينبئ عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل باطلاقهما
في النكاح واحكامه وحقوقه ومن خلع ابنته وهي صغيرة بمالها لم يجز عليها لانه لا نظر لها فيه
اذ البضع في حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم بخلاف النكاح لان البضع متقوم
عند الدخول ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث ونكاح المريض بمهر المثل من جميع المال
واذا لم يجز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ثم يقع الطلاق في رواية ولا يقع في رواية
والاول اصح لانه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط وان خلعها على الف
على انه ضامن فالخلع واقع والالف على الاب لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح فعلى الاب
اولى ولا يسقط مهرها لانه لم يدخل تحت ولاية الاب وان شرط الالف عليها توقف على
قبولها ان كانت من اهل القبول فان قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولا يجب المال لانها
ليست من اهل الغرامة وان قبله الاب عنها ففيه روايتان وكذا اذا خالعها على مهرها ولم يضمن
توقف على قبولها فان قبلت طلقت ولا يسقط المهر وان قبل الاب عنها فعلى الروايتين
وان ضمن الاب المهر وهو الف درهم طلقت لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة
استحسانا وفي القياس يلزمه الالف واصله في الكبيرة اذا اختلعت قبل الدخول على الف ومهرها
الف ففي القياس عليها خمسمائة زائدة وفي الاستحسان لا شيء عليها لانه يراد به عادة حط
ما يلزمه لها والله اعلم

باب الظهار

واذا قال الرجل لامراته انت علي كظهر امي فقد حرمت
عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظاهرون
من نسائهم الى ان قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا والظهار كان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع
اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح وهذا لانه جناية لكونه
منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة وارتفاعها بالكفارة ثم الوطي اذا حرم
حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما في الاحرام بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم
الدواعي يفضي الى الحرج ولا كذلك الظهار والاحرام فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله
تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الاولى ولا يعاود حتى يكفر لقوله عليه السلام للذي واقع في ظهاره
قبل الكفارة استغفر الله تعالى ولا تعد حتى تكفر ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه وهذا
اللفظ لا يكون الا ظهارا لانه صريح فيه ولو نوى به الطلاق لا يصح لانه منسوخ فلا يتمكن
من الاتيان به واذا قال انت علي كبطن امي او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر لان الظهار ليس

لا تشبيه الحالة بالحرمة وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر اليه وكذا اذا شبهها بمن
لا يحل له النظر اليها على التأبيد من محارمه مثل اخته او عمته او امه من الرضاعة لانهن
في التحريم المؤبد كالام وكذا ان قال رأسك علي كظهر امي او فرجك او وجهك او رقبتك او
نصفك او ثلثك او بدنك لانه يعبر بها عن جميع البدن فيثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه
في الطلاق ولو قال انت علي مثل امي او كامي يرجع الى نيته لينكشف حكمه فان قال اردت
الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش في الكلام وان قال اردت الظهار فهو ظهار لانه
تشبيه بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر الى النية وان قال اردت
الطلاق فهو طلاق بائن لانه تشبيه بالام في الحرمة فكأنه قال انت علي حرام ونوى الطلاق
وان لم تكن له نية فليس بشيء عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لاحتمال الحمل على الكرامة وقال محمد يكون ظهارا
لان التشبيه بعضو منها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها اولى وان عنى به التحريم لا غير فعند
ابي حنيفة وابي يوسف رح هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعند محمد ظهار لان كاف
التشبيه يختص به ولو قال انت علي حرام كامي ونوى طلاقا او ظهارا فهو على ما نوى لانه
يحتمل الوجهين الطلاق لمكان التحريم والظهار لمكان التشبيه والتشبيه تأكيد له وان لم تكن له
نية فعلى قول ابي يوسف رح ايلاء وعلى قول محمد ظهار والوجهان بيناهما ولو قال انت علي حرام
كظهر امي ونوى طلاقا او ايلاء لم يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة رح وقالا هو على ما نوى
لان التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا غير ان عند محمد رح اذا نوى الطلاق لا يكون ظهارا وعند
ابي يوسف رح يكونان جميعا وقد عرف في موضعه ولابي حنيفة رح انه صريح في الظهار
فلا يحتمل غيره ثم هو محكم فيرد التحريم اليه قال ولا يكون الظهار الا من الزوجة حتى لو ظاهر
من امته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ولان الحل في الامة تابع
فلا تلحق بالمنكوحة ولان الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة فان تزوج
امرأة بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل لانه صادق في التشبيه
وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بخلاف
اعتاق المشتري من الغاصب لانه من حقوق الملك ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي
كان مظاهرا منهن جميعا لانه اضاف الظهار اليهن فصار كما اذا اضاف اليهن الطلاق وعليه لكل واحدة
كفارة لان الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لانهاء الحرمة فتتعدد بتعددها
بخلاف الايلاء منهن لان الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم والله اعلم

فصل في الكفارة

قال وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع
فاطعام ستين مسكينا للنص الوارد فيه فانه يفيد الكفارة على هذا الترتيب قال

فالكل قبل المسيس وهذا في الاعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه وكذا في الاطعام
لان الكفارة فيه منهية للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطي ليكون الوطي حلالا ويجزي
في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والانثى والصغير والكبير لان اسم الرقبة
ينطلق على هؤلاء اذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه والشافعي رح يخالفنا
في الكافرة ويقول الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدو الله كالزكوة ونحن
نقول المنصوص عليه اعتاق الرقبة وقد تحقق وقصده من الاعتاق التمكين من الطاعة
ثم مقارنته المعصية يحال به الى سوء اختياره ولا يجزي العمياء ولا مقطوعة اليدين او
الرجلين لان الفائت جنس المنفعة وهو البصر او البطش او المشي وهو المانع اما اذا اختلت
المنفعة فهو غير مانع حتى يجوز العوراء ومقطوعة احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف
لانه ما فات جنس المنفعة بل اختلت بخلاف ما اذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز
لفوات جنس منفعة المشي اذ هو عليه متعذر ويجوز الاصم والقياس ان لا يجوز وهو رواية
النوادر لان الفائت جنس المنفعة الا انا استحسنا الجواز لان اصل المنفعة باق فانه اذا
صيح عليه يسمع حتى لو كان بحال لا يسمع اصلا بان ولد اصم وهو الاخرس لا يجزيه ولا يجوز
مقطوع ابهامي اليدين لان قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة ولا يجوز
المجنون الذي لا يعقل لان الانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان فائت المنافع والذي
يجن ويفيق يجزيه لان الاختلال غير مانع ولا يجزي عتق المدبر وام الولد لاستحقاقهما
الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا وكذا المكاتب الذي ادى بعض المال لان اعتاقه
يكون ببدل وعن ابي حنيفة رح انه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ
بخلاف ام الولد والمدبر لانهما لا يحتملان الانفساخ فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا
جاز خلافا للشافعي رح انه استحق الحرية بجهة الكتابة فاشبه المدبر ولنا ان الرق قائم
من كل وجه على ما بيناه ولهذا لا يعتق الكاتب عبدا ما بقي عليه درهم والكتابة لا تنافيه فانها
فك الحجر بمنزلة الاذن في التجارة الا انه بعوض فيلزم من جانبه ولو كان مانعا ينفسخ
في مقتضى الاعتاق اذ هو يحتمله الا انه تسلم له الاكساب والاولاد لان العتق في حق
المحل بجهة الكتابة اولان الفسخ ضروري فلا يظهر في حق الولد والكسب وان اشترى
اباه او ابنه ينوي بالشراء الكفارة جاز عنها وقال الشافعي رح لا يجزيه وعلى هذا الخلاف
كفارة اليمين والمسئلة تأتيك في كتاب الايمان ان شاء الله تعالى وان اعتق نصف عبد مشترك
وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند ابي حنيفة ويجوز عندهما لانه تملك نصيب صاحبه
بالضمان فصار معتقا كل العبد عن الكفارة وهو ملكه بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا لانه
وجبت السعاية في نصيب الشريك فيكون اعتاقا بعوض ولابي حنيفة رح ان نصيب صاحبه

ينقص على صاحبه ثم يتحول اليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة وان اعتق نصف عبده عن
كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز لانه اعتقه بكلمتين والنقصان متمكن على ملكه بسبب
الاعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع كمن اضجع شاة للاضحية فاصاب السكين
عينها بخلاف ما تقدم لان النقصان في الاول تمكن على ملك الشريك وهذا على اصل ابي حنيفة
اما عندهما الاعتاق لا يتجزى فاعتاق النصف اعتاق الكل فلا يكون بكلمتين
فان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي ظاهر منها ثم اعتق باقيه عنها لم يجز
عند ابي حنيفة رح لان الاعتاق يتجزى عنده وشرط الاعتاق ان يكون قبل المسيس بالنص
واعتاق النصف حصل بعده وعندهما اعتاق النصف اعتاق الكل فحصل الكل قبل
المسيس واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما شهر
رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق اما التتابع فلانه منصوص عليه
وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من ابطال ما اوجبه الله تعالى والصوم في هذه الايام
منهي عنه فلا ينوب عن الواجب الكامل فان جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا
عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة رح ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يستانف
لانه لا يمنع التتابع اذ لا يفسد به الصوم وهو الشرط وان كان تقديمه على المسيس شرطا
ففيما ذهبنا اليه تقديم البعض وفيما قلتم تاخير الكل عنه ولهما ان الشرط في الصوم
ان يكون قبل المسيس خاليا عنه ضرورة بالنص وهذا الشرط ينعدم به فيستانف
الصوم وان افطر يوما منها بعذر او بغير عذر استانف لفوات التتابع وهذا
قادر عليه عادة وان ظاهر العبد لم يجز في الكفارة الا الصوم لانه لا ملك له فلم يكن
من اهل التكفير بالمال وان اعتق المولى او اطعم عنه لم يجزه لانه ليس من اهل الملك فلا يصير مالكا
بتمليكه وان لم يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام
ستين مسكينا ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير او قيمة
ذلك لقوله عم في حديث اوس بن الصامت وسهل بن صخر لكل مسكين نصف صاع من بر
ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر وقوله او قيمة ذلك مذهبنا
وقد ذكرناه في الزكوة فان اعطى منا من بر ومنوين من تمر او شعير جاز لحصول المقصود
اذ الجنس متحد وان امر غيره ان يطعم عن ظهاره ففعل اجزاه لانه استقراض معنى والفقير
قابض له اولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه فان غداهم وعشاهم جاز قليلا كان
ما اكلوا او كثيرا وقال الشافعي رح لا يجزيه الا التمليك اعتبارا بالزكوة وصدقة الفطر
وهذا لان التمليك ادفع للحاجة فلا ينوب منابه الاباحة ولنا ان المنصوص عليه هو الاطعام
وهو حقيقة في التمكين من الطعم وفي الاباحة ذلك كما في التمليك اما الواجب في الزكوة الايتاء

الايتاء وفي صدقة الفطر الاداء وهما للتمليك حقيقة ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم
لا يجزيه لانه لا يستوفي كاملا ولا بد من الادام في خبز الشعير ليمكنه الاستيفاء و
في خبز الحنطة لا يشترط الادام وان اطعم مسكينا واحدا ستين يوما اجزاه وان اعطاه
في يوم واحد لم يجزه الا عن يومه لان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل
يوم فالدفع اليه في اليوم الثاني كالدفع الى غيره وهذا في الاباحة من غير خلاف
واما التمليك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات فقد قيل لا يجزيه وقيل يجزيه
لان الحاجة الى التمليك تتجدد في يوم واحد بخلاف ما اذا دفع بدفعة واحدة لان التفريق
واجب بالنص فان قرب التي ظاهر منها في خلال الاطعام لم يستانف لانه تعالى ما شرط
في الاطعام ان يكون قبل المسيس الا انه يمنع من المسيس قبله لانه ربما يقدر على الاعتاق
او الصوم فيقعان بعد المسيس والمنع لمعنى في غيره لا يعدم المشروعية في نفسه واذا
اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رح يجزيه عنهما وان اطعم ذلك عن افطار وظهار اجزاه عنهما له ان بالمؤدى
وفاء بهما والمصروف اليه محل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب او فرق في الدفع
ولهما ان النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة واذا لغت النية في الجنس
والمؤدى يصلح لكفارة واحدة لان نصف الصاع ادنى المقادير فيمنع النقصان دون
الزيادة فيقع عنها كما اذا نوى اصل الكفارة بخلاف ما اذا فرق في الدفع لانه في الدفعة
الثانية في حكم مسكين اخر ومن وجب عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي
عن احدهما بعينها جاز عنهما وكذا اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين مسكينا جاز
لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية معينة فان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان
له ان يجعل ذلك عن ايهما شاء وان اعتق عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وقال زفر رح لا يجزيه
عن احدهما في الفصلين وقال الشافعي رح له ان يجعل ذلك عن احدهما في الفصلين لان
الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد وجه قول زفر انه اعتق عن كل ظهار نصف
العبد وليس له ان يجعل عن احدهما بعدما اعتق عنهما لخروج الامر من يده ولنا ان نية
التعيين في الجنس المتحد غير مفيدة فتلغو وفي الجنس المختلف مفيدة واختلاف الجنس
في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب نظير الاول اذا صام يوما في قضاء رمضان
عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد ونظير الثاني اذا كان عليه صوم القضاء والنذر
فانه يحتاج فيه الى التعيين والله اعلم

باب اللعان

قال اذا قذف الرجل امرأته بالزنا
وهما من اهل الشهادة والمرأة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها وطالبته بموجب القذف
فعليه اللعان والاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة

مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم
والاستثناء انما يكون من الجنس ثم قال الله تعالى فشهادة احدهم اربع شهادات بالله نص على الشهادة
واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان
كاذبا وهو قايم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب لو كان صادقا وهو قايم مقام حد الزنا
اذا ثبت هذا فنقول لا بد ان يكونا من اهل الشهادة لان الركن فيه الشهادة ولا بد ان تكون
هي ممن يحد قاذفها لانه قايم في حقه مقام حد القذف فلا بد من احصانها ويجب بنفي الولد
لانه لما نفى ولدها صار قاذفا لها ظاهرا ولا يعتبر احتمال ان يكون الولد من غيره بالوطي
عن شبهة كما اذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف وهذا لان الاصل في النسب الفراش الصحيح والفاسد
ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به ويشترط طلبها لانه حقها فلا بد
من طلبها كساير الحقوق فان امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه ليرتفع السبب
فاذا لاعن وجب عليها اللعان للنص الا انه يبتدي بالزوج لانه هو المدعي
وان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه لانه حق مستحق عليها وهي قادرة
على ايفايه فتحبس فيه واذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف
امرأته فعليه الحد لانه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت
بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية واللعان خلف عنه وان كان من اهل الشهادة وهي امة
او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت صبية او
مجنونة فلا حد عليه ولا لعان لانعدام اهلية الشهادة وعدم الاحصان في جانبها وامتناع
اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما اذا صدقته والاصل في ذلك قوله عليه السلام اربعة لا لعان
بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت الحر والحرة تحت
المملوك ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لان امتناع اللعان لمعنى من جهته اذ هو ليس من اهله
قال وصفة اللعان ان يبتدي القاضي بالزوج فيشهد اربع مرات يقول في كل مرة اشهد بالله
اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان
من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في جميع ذلك ثم تشهد المرأة اربع مرات
تقول في كل مرة اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة
غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا والاصل فيه ما تلوناه من النص
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ياتي بلفظ المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لانه اقطع
للاحتمال وجه ما ذكر في الكتاب ان لفظة المغايبة اذا انضمت اليها الاشارة انقطع
الاحتمال قال واذا التعنا لا تقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وقال زفر رحمه الله تقع
بتلاعنهما لانه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث ولنا ان ثبوت الحرمة يفوت الامساك بالمعروف

بالمعروف فيلزمه التسريح بالاحسان فاذا امتنع عنه ناب القاضي منابه دفعا للظلم دل
عليه قوله عليه السلام كذبت عليها ان امسكتها هي طالق ثلثا قاله بعد اللعان وتكون الفرقة تطليقة
باينة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان فعل القاضي انتسب اليه كما في العنين وهو خاطب اذا اكذب
نفسه عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله هو تحريم مؤبد لقوله عليه السلام المتلاعنان لا يجتمعان ابدا نص على
التابيد ولهما ان الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها ولا يجتمعان ما داما متلاعنين
ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان ولو كان القذف بولد نفى القاضي نسبه والحقه
بامه وصورة اللعان ان يامر الحاكم الرجل فيقول اربع مرات اشهد بالله اني لمن الصادقين
فيما رميتك به من نفي الولد وكذا في جانب المرأة ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان
الامرين ثم ينفي القاضي نسب الولد ويلحقه بامه لما روي انه عليه السلام نفى نسب ولد امرأة هلال بن امية
عن هلال والحقه بها ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده ويتضمنه
القضا بالتفريق وعن ابي يوسف رحمه الله ان القاضي يفرق ويقول قد الزمته امه واخرجته
من نسب الاب لانه ينفك عنه فلا بد من ذكره فان عاد الزوج فاكذب نفسه حده القاضي
لاقراره بوجوب الحد عليه وحل له ان يتزوجها وهذا عندهما لما ذكرنا انه لم يبق اهلا للعان فارتفع
حكمه المنوط به وهو التحريم وكذلك ان قذف غيرها فحد به لما بينا وكذا اذا زنت فحدت
لانتفاء اهلية اللعان من جانبها واذا قذف امرأته وهي صغيرة او مجنونة فلا لعان بينهما
لانه لا يحد قاذفها لو كان اجنبيا فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه وكذا اذا كان الزوج
صغيرا او مجنونا لعدم اهلية الشهادة وقذف الاخرس لا يتعلق به اللعان لانه يتعلق
بالصريح كحد القذف وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهذا لانه لا يعرى عن الشبهة والحدود
تندرئ بالشبهات واذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهذا قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله
لانه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا وقال ابو يوسف ومحمد اللعان يجب بنفي الحمل اذا جاءت
به لاقل من ستة اشهر وهو معنى ما ذكر في الاصل لانا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق
القذف قلنا انه اذا لم يكن قذفا في الحال يصير كالمعلق بالشرط فيصير كانه قال ان كان
بك حمل فليس مني والقذف لا يصح تعليقه بالشرط وان قال لها زنيت وهذا الحمل
من الزنا تلاعنا لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحا ولم ينف القاضي الحمل وقال
الشافعي رحمه الله ينفيه لانه عليه السلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملا ولنا ان الاحكام
لا تترتب عليه الا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبلها والحديث محمول على انه عليه السلام عرف قيام
الحبل بطريق الوحي واذا نفى الرجل ولد امرأته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل
التهنية وتبتاع آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يصح نفيه في مدة النفاس لان النفي يصح في مدة قصيرة

ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لأنه أثر الولادة ولأنه لا معنى للتقدير
لأن الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة
أو سكوته عند التهنئة أو ابتياعه آلة الولادة أو مضي ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي
ولو كان غائباً ولم يعلم بالولادة ثم قدم فمقدار المدة التي ذكرناها على الاختلاف قال وإذا ولدت
ولدين في بطن واحد فنفى الأول واعترف بالثاني ثبت نسبهما لأنهما توأمان خلقا من ماء
واحد وحدّ الزوج لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني وإن اعترف بالأول ونفى الثاني ثبت
نسبهما منه لما ذكرنا ولاعن لأنه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والإقرار بالعفة سابق
على القذف فصار كما إذا قال إنها عفيفة ثم قال هي زانية وفي ذلك اللعان كذا هذا
ولا يجوز للرجل أن يتزوج بالولد الذي نفي نسبه وصح نفيه ولاعن خلافاً للشافعي
رحمة الله عليه ولا بولد الزنا إذا اشتهاه الذي يخلق من مائه خلافاً له والله تعالى أعلم

باب العنين وغيره

وإذا كان الزوج عنيناً أجله الحاكم سنة فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك
هكذا روي عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ولأن الحق ثابت لها في الوطء ويحتمل أن يكون
الامتناع لعلة معترضة ويحتمل أن يكون لآفة أصلية فلا بد من مدة معرفة لذلك فقدرناها
بالسنة لاشتمالها على الفصول الأربعة فإذا مضت ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة
أصلية ففات الإمساك بالمعروف ووجب التسريح بالإحسان فإذا امتنع ناب
القاضي منابه ففرق بينهما ولا بد من طلبها لأن التفريق حقها والفرقة تطليقة
بائنة لأن فعل القاضي أضيف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه وقال الشافعي رحمه الله هو
فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا وإنما تقع بائنة لأن المقصود وهو دفع الظلم
عنها لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة ولها كمال المهر
إن كان خلا بها فإن خلوة العنين صحيحة ويجب العدة لما بيناه قبل في باب المهر
هذا إذا أقر الزوج أنه لم يصل إليها ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول إليها
فإن كانت ثيباً فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة والأصل هو
السلامة في الجبلة ثم إن حلف بطل حقها وإن نكل يؤجل سنة وإن كانت بكراً نظر إليها
النساء فإن قلن هي بكر أجل سنة لظهور كذبه فإن قلن هي ثيب يحلف الزوج
فإن حلف فلا حق لها وإن نكل يؤجل سنة وإن كان مجبوباً فرق بينهما في الحال إن
طلبت المرأة لأنه لا فائدة للتأجيل والخصي يؤجل كما يؤجل العنين لأنه وطئه
مرجو وإذا أجل العنين سنة وقال قد جامعتها وأنكرت المرأة نظر إليها النساء
فإن قلن هي بكر خيرت لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة وإن قلن هي ثيب

يحلف الزوج فإن نكل خيرت لتأيدها بالنكول وإن حلف لا تخير وإن كانت ثيباً
في الأصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك
خيار لأنها رضيت ببطلان حقها وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح ويحتسب
بأيام الحيض وشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لأن
السنة قد تخلو عنه وإذا كان بالزوجة عيب فلا خيار لزوجها وقال الشافعي رحمه الله
ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لأنها تمنع
الاستيفاء حساً أو طبعاً والطبع مؤيد بالشرع قال النبي عليه السلام فر من المجذوم فرارك
من الأسد ولنا أن فوت الاستيفاء أصلاً بالموت لا يوجب الفسخ فاختلاله بهذه العيوب
أولى وهذا لأن الاستيفاء من الثمرات والمستحق التمكن وهو حاصل وإذا كان بالزوج
جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لها
الخيار دفعاً للضرر عنها كما في الجب والعنة بخلاف جانبه لأنه متمكن من دفع الضرر
بالطلاق ولهما أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج وإنما يثبت في الجب
والعنة لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح وهذه العيوب غير مخلة به فافترقا

باب العدة

وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو رجعياً أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق
وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة أقراء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن
ثلاثة قروء والفرقة إذا كانت بغير طلاق في معنى الطلاق لأن العدة وجبت
للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا يتحقق فيها والأقراء
الحيض عندنا وقال الشافعي رحمه الله الأطهار واللفظ حقيقة فيهما إذ هو من الأضداد
كذا قاله ابن السكيت رحمه الله ولا ينتظمهما جملة للاشتراك والحمل على الحيض أولى إما عملاً
بلفظ الجمع لأنه لو حمل على الأطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق ثلاثاً أو لأنه
معرف لبراءة الرحم وهو المقصود أو لقوله عليه السلام وعدة الأمة حيضتان فيلتحق بياناً
به وإن كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى واللائي يئسن
من المحيض الآية وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية وإن كانت حاملاً
فعدتها أن تضع حملها لقوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن فإن
كانت أمة فعدتها حيضتان لقوله عليه السلام طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان ولأن الرق
منصف والحيضة لا تتجزى فكملت فصارت حيضتين وإليه أشار عمر رضي الله عنه بقوله
لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفاً وإن كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف لأنه
يتجزى فأمكن تنصيفه عملاً بالرق وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر لقوله

ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وعدة الأمة في الوفاة شهران
وخمسة أيام لأن الرق منصف وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لإطلاق قوله تعالى
وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن وقال عبد الله بن مسعود رض من شاء باهلته
أن سورة النساء القصرى نزلت بعد التي في سورة البقرة وقال عمر رض لو وضعت
وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج وإذا ورثت المطلقة في المرض
فعدتها أبعد الأجلين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ثلاث حيض ومعناه
إذا كان بائنا أو ثلاثا أما إذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالإجماع لأبي يوسف رح أن النكاح
قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلاث حيض وإنما تجب عدة الوفاة إذا زال
النكاح بالوفاة إلا أنه بقي في حق الإرث لا في حق تغير العدة بخلاف الرجعي لأن النكاح
باق من كل وجه ولهما أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقيا في حق العدة احتياطا فيجمع بينهما
ولو قتل على ردته حتى ورثته امرأته فعدتها على هذا الاختلاف وقيل عدتها بالحيض
بالإجماع لأن النكاح ما اعتبر باقيا إلى وقت الموت في حق الإرث لأن المسلمة لا ترث من
الكافر فإن أعتقت الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر
لقيام النكاح من كل وجه وإن أعتقت وهي مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل
عدتها لزوال النكاح بالبينونة والموت وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم
انتقض ما مضى من عدتها وعليها أن تستأنف العدة بالحيض ومعناه إذا رأت الدم على العادة
لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح فظهر أنه لم يكن خلفا وهذا لأن شرط الخلفية تحقق
الإياس وذلك باستدامة العجز إلى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني ولو حاضت حيضتين
ثم أيست تعتد بالشهور تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل والمنكوحة نكاحا فاسدا
والموطوءة بشبهة عدتهما الحيض في الفرقة والموت لأنها للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق
النكاح والحيض هو المعرف وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض وقال
الشافعي رح حيضة واحدة لأنها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء ولنا أنها
وجبت بزوال الفراش فأشبه عدة النكاح ثم إمامنا فيه عمر رض فإنه قال عدة أم الولد
ثلاث حيض ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر كما في النكاح وإذا مات الصغير عن امرأته
وبها حبل فعدتها أن تضع حملها وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رح وقال أبو يوسف رح عدتها أربعة
أشهر وعشر وهو قول الشافعي رح لأن الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت
ولهما إطلاق قوله تعالى وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ولأنها مقدرة بمدة وضع الحمل
في أولات الأحمال قصرت المدة أم طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالأشهر مع وجود الأقراء
لكن لقضاء حق النكاح وهذا المعنى يتحقق في الصبي وإن لم يكن الحمل منه بخلاف الحمل الحادث

لأنه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت
مقدرة بمدة الحمل فافترقا ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث بها الحبل بعد الموت لأن النسب
يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما قال ولا يثبت نسب الولد في الوجهين لأن الصبي
لا ماء له فلا يتصور منه العلوق والنكاح يقام مقامه في موضع التصور وإذا طلق
الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق لأن العدة مقدرة
بثلاث حيض كوامل فلا تنقص عنها وإذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى
وتداخلت العدتان فيكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا وإذا انقضت
العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليها إتمام العدة الثانية وهذا عندنا وقال الشافعي رح
لا يتداخلان لأن المقصود هو العبادة فإنها عبادة كف عن التزوج والخروج فلا يتداخلان
كالصومين في يوم واحد ولنا أن المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة
فتداخلا ومعنى العبادة تابع ألا ترى أنها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف
والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها
تحقيقا للتداخل بقدر الإمكان وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة
عقيب الوفاة فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة فيعتبر ابتداؤها من وقت وجود
السبب ومشايخنا رح يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار نفيا لتهمة المواضعة
والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق أو عزم الواطئ على ترك وطئها وقال
زفر رح من آخر الوطآت لأن الوطء هو السبب الموجب ولنا أن كل وطء وجد في عقد فاسد
يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل إلى حكم عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل
بمهر واحد فقبل المتاركة أو العزم لا تثبت العدة مع جواز وجود غيره ولأن التمكن
على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم
في حق غيره وإذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع
اليمين لأنها أمينة في ذلك وقد اتهمت بالكذب فتحلف كالمودع وإذا طلق الرجل
امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل
وعليها عدة مستقبلة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد رح لها نصف المهر
وعليها إتمام العدة الأولى لأن هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف
العدة وإكمال العدة إنما وجب بالطلاق الأول إلا أنه لم يظهر حال التزوج الثاني
فإذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه كما لو اشترى أم ولده ثم أعتقها ولهما أنها
مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقي أثره وهو العدة فإذا وصل النكاح
وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشتري

المنصوص الذي في ضمنه صحيح قابلها بمجرد العقد فوضح بهذا أن الطلاق بعد الدخول وقال
زفر رح لا عدة عليها أصلا لأن الأولى قد سقطت بالتزوج فلا تعود والثانية
لم يجب وجوبه لما قلنا وإذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا إذا خرجت الحربية
إلينا مسلمة فإن تزوجت جاز إلا أن تكون حاملا وهذا قول أبي حنيفة رح وقالا عليها
وعلى الذمية العدة أما الذمية فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم
وقد بيناه في النكاح وقول أبي حنيفة رح فيما إذا كان معتقدهم أنه لا عدة عليها وأما
المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بسبب آخر لوجبت العدة فكذا إذا وقعت
بسبب التباين بخلاف ما إذا هاجر وتركها لعدم التبليغ وله قوله تعالى ولا جناح عليكم
أن تنكحوهن ولأن العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد
حتى كان محلا للتملك إلا أن تكون حاملا لأن في بطنها ولدا ثابت النسب وعن أبي حنيفة رح
أنه يجوز نكاحها ولا يطأها كالحبلى من الزنا والأول أصح والله أعلم **فصل** وعلى المبتوتة
والمتوفى عنها زوجها إذا كانت مسلمة بالغة الإحداد وهي ترك الزينة أما المتوفى
عنها زوجها فلقوله عم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة
أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا وأما المبتوتة فمذهبنا وقال الشافعي رح لا إحداد
عليها لأنه وجب إظهارا للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها إلى مماته وقد أوحشها
بالإبانة فلا تأسف بفوته ولنا ما روي أن النبي عم نهى المعتدة أن تختضب
بالحناء وقال الحناء طيب ولأنه يجب إظهارا للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب
لصونها وكفاية مؤنتها والإبانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتا قبل
الإبانة لا بعدها والإحداد ويقال الحداد وهما لغتان أن تترك الطيب والزينة
والكحل والدهن المطيب وغير المطيب إلا من عذر وفي الجامع الصغير إلا من وجع
والمعنى فيه وجهان أحدهما ما ذكرناه من إظهار التأسف والثاني أن هذه الأشياء
دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجتنبها كيلا يصير ذريعة إلى الوقوع
في المحرم وقد صح أن النبي عم لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن لا يعرى عن
نوع طيب وفيه زينة الشعر ولهذا يمنع المحرم عنه قال إلا من عذر لأن فيه ضرورة
والمراد الدواء لا الزينة ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا فإن كان ذلك أمرا
ظاهرا يباح لها لأن الغالب كالواقع وكذا لبس الحرير إذا احتاجت إليه لعذر لا بأس
به ولا تختضب بالحناء لما روينا ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران لأنه يفوح
منه رائحة الطيب قال ولا إحداد على كافرة لأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا على
صغيرة لأن الخطاب موضوع عنها وعلى الأمة الإحداد لأنها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما

فيما ليس فيه إبطال حق المولى بخلاف المنع عن الخروج لأن فيه إبطال حقه وحق العبد مقدم
لحاجته قال وليس في عدة أم الولد ولا في عدة النكاح الفاسد إحداد لأنهما ما فاتتهما نعمة النكاح
لتظهر التأسف والإباحة أصل ولا ينبغي أن تخطب المعتدة ولا بأس بالتعريض في الخطبة
لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء إلى أن قال ولكن لا تواعدوهن
سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا وقال عم السر النكاح إلى المعروف إني فيك لراغب
وإني أريد أن نجتمع ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا
والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها أما المطلقة فلقوله تعالى
لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة قيل الفاحشة نفس الخروج
وقيل الخروج للزنا فيخرجن لإقامة الحد عليهن وأما المتوفى عنها زوجها فلأنه لا نفقة لها
فتحتاج إلى الخروج نهارا لطلب المعاش وقد يمتد إلى أن يهجم الليل ولا كذلك المطلقة لأن النفقة
دارة عليها من مال زوجها حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قيل إنها تخرج نهارا وقيل لا تخرج
لأنها أسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها وعلى المعتدة أن تعتد في المنزل الذي يضاف
إليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن والبيت
المضاف إليها هو الذي تسكنه ولهذا لو زارت أهلها وزوجها كان عليها أن تعود إلى
منزلها فتعتد فيه وقال عم للتي قتل زوجها اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله وإن
كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فأخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت لأن هذا انتقال
بعذر والعبادات تؤثر فيها الأعذار وصار كما إذا خافت على متاعها أو خافت سقوط
المنزل أو كانت فيها بأجرة ولا تجد ما تؤديه ثم إن وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث
فلا بد من سترة بينهما ثم لا بأس به لأنه معترف بالحرمة إلا أن يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ
تخرج لأنه عذر ولا تخرج عما انتقلت إليه والأولى أن يخرج هو ويتركها وإن جعلا بينهما
امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وإن ضاق عليهما المنزل فلتخرج والأولى خروجه
قال وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثا أو مات عنها زوجها في غير مصر فإن كان بينها وبين
مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها لأنه ليس بابتداء الخروج معنى
بل هو بناء وإن كانت ثلاثة أيام إن شاءت رجعت وإن شاءت مضت سواء كان معها
ولي أو لم يكن معناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام أيضا لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها
من الخروج إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج قال إلا أن يكون
طلقها أو مات عنها في مصر فإنها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج إن كان لها محرم وهذا
عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف ومحمد رح إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر
قبل أن تعتد لهما أن نفس الخروج مباح دفعا لأذى الغربة ووحشة الوحدة وهذا

عدلا لأن الحرمة في المبتوتة قيل تعتبر بالمحرم ولأن المعتدة أمنع من الخروج من عديم المحرم فإن للمرأة أن تخرج إلى الحج وما دون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير المحرم ففي العدة أولى والله أعلم

باب ثبوت النسب

ومن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة أشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر أما النسب فلأنها فراشه لأنها لما جاءت بالولد لستة أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لأقل منه من وقت الطلاق فكان العلوق قبله من وقت في حالة النكاح والتصور ثابت بأن تزوجها وهو يخالطها فوافق الإنزال النكاح والنسب يحتاط في إثباته وأما المهر فلأنه لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتأكد المهر به ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به لسنتين أو أكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز أنها تكون ممتدة الطهر فإن جاءت به لأقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح أو في العدة ولا يصير مراجعا لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك والاحتمال وإن جاءت به لأكثر من سنتين كانت رجعة لأن العلوق بعد الطلاق والظاهر أنه منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعا والمبتوتة يثبت نسب ولدها إن جاءت به لأقل من سنتين لأنه يحتمل أن يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش فيثبت النسب احتياطا فإن جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لأن الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لأن وطأها حرام قال إلا أن يدعيه لأنه التزمه وله وجه بأن وطئها بشبهة في العدة وإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتي به لأقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يثبت النسب منه إلى سنتين لأنها معتدة يحتمل أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة ولهما أن لانقضاء عدتها جهة معينة وهي الأشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق إقرارها لأنه لا يحتمل الخلاف والإقرار يحتمله وإن كانت مطلقة طلاقا رجعيا فكذلك الجواب عندهما وعنده يثبت إلى سبعة وعشرين شهرا لأنه يجعل واطئا في آخر العدة وهي الثلاثة الأشهر ثم تأتي به لأكثر مدة الحمل وهو سنتان وإن كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء لأن بإقرارها يحكم ببلوغها ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين سنتين وقال زفر رحمه الله إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر لا يثبت النسب لأن الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهور لتعين الجهة فصار كما إذا أقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة إلا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى وهي وضع الحمل بخلاف الصغيرة لأن الأصل فيها عدم الحمل لأنها

لأنها ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر يثبت نسبه لأنه ظهر كذبها بيقين فبطل الإقرار وإن جاءت به لستة أشهر لم يثبت لأنا لم نعلم ببطلان الإقرار لاحتمال الحدوث بعده وهذا اللفظ بإطلاقه يتناول كل معتدة وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة لأن الفراش قائم بقيام العدة وهو ملزم للنسب والحاجة إلى تعيين الولد فيتعين بشهادتها كما في حال قيام النكاح ولأبي حنيفة رحمه الله أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل والمنقضي ليس بحجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة بخلاف ما إذا كان ظاهر الحبل أو صدر الاعتراف لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها فإن كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم أما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم قالوا إذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل يشترط لفظة الشهادة وقيل لا يشترط لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم بإقرارهم وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه لأن العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه وإن جاءت به لستة أشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكت لأن الفراش قائم والمدة تامة فإن جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن لأن النسب يثبت بالفراش القائم واللعان إنما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فإنه يصح بدونه فإن ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة أشهر وقالت هي منذ ستة أشهر فالقول قولها وهو ابنه لأن الظاهر شاهد لها فإنها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف ومن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق لأن شهادتها حجة في ذلك قال النبي عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه ولأنها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ولأبي حنيفة رحمه الله أنها ادعت الحنث فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا لأن شهادتهن ضرورية في حق الولادة فلا تظهر في حق الطلاق لأنه ينفك عنها وإن كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تشترط شهادة القابلة لأنه لا بد من حجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه على ما بينا وله أن الإقرار بالحبل إقرار بما يفضي إليه وهو الولادة ولأنه

او تكون بها موعنة فيقبل قولها في ذلك لا زمانة قال واكثر مدة الحمل سنتان لقول عائشة رضي الله عنها الولد لا يبقى
في البطن اكثر من سنتين ولو بظل مغزل واقله ستة اشهر لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون
شهرا ثم قال وفصاله في عامين فبقي للحمل ستة اشهر والشافعي يقدر الاكثر باربع سنين
والحجة عليه ما رويناه والظاهر انها قالته سماعا اذ العقل لا يهتدي اليه ومن تزوج امة فطلقها
ثم اشتراها فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها لزمه والا لم يلزمه لانه في الوجه الاول
ولد المعتدة فان العلوق سابق على الشراء وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لانه يضاف الحادث
الى اقرب وقته فلا بد من دعوة وهذا اذا كان الطلاق بائنا او خلعا او رجعيا اما اذا كان
اثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق لانها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق
الا الى ما قبله لانها لا تحل بالشراء ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة
امرأة فهي ام ولده لان الحاجة الى تعيين الولد ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالاجماع
ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام فقالت انا امرأته فهي امرأته وهو ابنه
يرثانه وفي النوادر جعل هذا جواب الاستحسان والقياس ان لا يكون لها الميراث لان النسب
كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين فلم يكن
قوله اقرارا بالنكاح ووجه الاستحسان ان المسألة فيما اذا كانت معروفة بالحرية وبكونها
ام الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ولو لم يعلم بانها حرة فقالت الورثة انت ام ولد
فلا ميراث لها لان ظهور الحرية باعتبار الدار حجة لدفع الرق لا في استحقاق الارث والله تعالى اعلم

باب الولد من احق به

واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد لما روي ان امرأة قالت يا رسول الله
ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم ابوه انه ينزعه مني
فقال عليه السلام انت احق به ما لم تتزوجي ولان الام اشفق عليه واقدر على الحضانة فكان الدفع
اليها انظر واليه اشار الصديق رضي الله عنه بقوله ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر
قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون والنفقة
على الاب على ما نذكر ولا تجبر الام عليها لانها عسى تعجز عن الحضانة فان لم تكن له ام فام الام
اولى من ام الاب وان بعدت لان هذه الولاية تستفاد من قبل الامهات فان لم تكن فام الاب اولى من
الاخوات لانها من الامهات ولهذا تحرز ميراثهن السدس ولانها اوفر شفقة للولاد فان لم
يكن جدة فالاخوات اولى من العمات والخالات لانهن بنات الابوين ولهذا قدمن في الميراث
وفي رواية الخالة اولى من الاخت لاب لقوله عليه السلام الخالة والدة وقيل في قوله تعالى
ورفع ابويه على العرش انها كانت خالته وتقدم الاخت لاب وام لانها اشفق
ثم الاخت من الام ثم الاخت من الاب لان الحق لهن من قبل الام ثم الخالات اولى من العمات ترجيحا

ترجيحا لقرابة الام وينزلن كما ينزلن الاخوات معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الام
ثم العمات ينزلن كذلك وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها لما روينا ولان زوج الام اذا
كان اجنبيا يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر قال الا الجدة اذا كان زوجها الجد لانه
قائم مقام ابيه فينظر له وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم منه لقيام الشفقة نظرا الى القرابة
القريبة ومن سقط حقها بالتزوج يعود اذا ارتفعت الزوجية لان المانع قد زال فان
لم يكن للصبي امرأة من اهله واختصم فيه الرجال فاولاهم به اقربهم تعصيبا لان الولاية
للاقرب وقد عرف الترتيب في موضعه غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم
كمولى العتاقة وابن العم تحرزا عن الفتنة والام والجدة احق بالغلام حتى يأكل وحده
ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني فيأكل
وحده ويشرب وحده ويلبس وحده والمعنى واحد لان تمام الاستغناء بالقدرة على
الاستنجاء ووجهه انه اذا استغنى يحتاج الى التأدب والتخلق باخلاق الرجال
وآدابهم والاب اقدر على التأديب والتثقيف والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين
اعتبارا للغالب والام والجدة احق بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج
الى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك اقدر وبعد البلوغ تحتاج الى التحصين والحفظ
والاب فيه اقوى واهدى وعن محمد انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق
الحاجة الى الصيانة ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ حدا تشتهى وفي الجامع الصغير
حتى تستغني لانها لا تقدر على استخدامها ولهذا لا تؤاجرها للخدمة فلا يحصل المقصود
بخلاف الام والجدة لقدرتهما عليه شرعا قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت
كالحرة في حق الولد لانهما حرتان اوان ثبوت الحق وليس لهما قبل العتق حق في الولد
لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى والذمية احق بولدها المسلم ما لم يعقل الاديان
او يخاف ان يألف الكفر للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده قال ولا خيار للغلام
والجارية وقال الشافعي لهما الخيار لان النبي عليه السلام خير ولنا انه لقصور عقله يختار
من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر وقد صح ان الصحابة
رضي الله عنهم لم يخيروا واما الحديث فقلنا قد قال النبي عليه السلام اللهم اهده فوفق لاختيار الانظر
بدعائه عليه السلام او يحمل على ما اذا كان بالغا **فصل** واذا ارادت المطلقة ان تخرج
بولدها من المصر فليس لها ذلك لما فيه من الاضرار بالاب الا ان تخرج به الى وطنها وقد
كان الزوج تزوجها فيه لانه التزم المقام فيه عرفا وشرعا قال النبي عليه السلام من تأهل ببلدة
فهو منهم ولهذا يصير الحربي به ذميا واذا ارادت الخروج الى مصر غير وطنها وقد كان
التزوج فيه اشار في الكتاب الى انه ليس لها ذلك وهذا رواية كتاب الطلاق وذكر في الجامع الصغير

ان لها ذلك لان العقد صح في حقه موجبا احكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه مع
جملة ذلك من اسباب الولاء ولهذا قال وجه القول ان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث
عرفا وهذا اصح فالحاصل انه لا بد من الامرين جميعا الوطن ووجود النكاح وهذا كله
اذا كان بين المصرين تفاوت اما اذا تقاربا بحيث يمكن للوالد ان يطالع ولده ويبيت في بيته
فلا باس به وكذا الجواب في القريتين ولو انتقلت من قرية المصر الى المصر فلا باس به لان
فيه نظرا للصغير حيث يتخلق باخلاق اهل المصر وليس فيه بالاب ضرر وفي
عكسه ضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل السواد فليس لها ذلك والله تعالى اعلم

باب النفقة

النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله
فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها والاصل في ذلك قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله
تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عم في حجة الوداع ولهن
عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولان النفقة جزاء الاحتباس فكل من كان محبوسا
بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات وهذه الدلائل
لا فصل فيها فتستوي فيها المسلمة والكافرة قال ويعتبر في ذلك حالهما جميعا
قال رض وهذا اختيار الخصاف رح وعليه الفتوى وتفسيره انهما ان كانا موسرين تجب
نفقة اليسار وان كانا معسرين فنفقة الاعسار وان كانت معسرة والزوج موسر
فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وقال الكرخي يعتبر حال الزوج
وهو قول الشافعي رح لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وجه الاول قوله عم
لهند امراة ابي سفيان خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف اعتبر حالها
وهو الفقه فان النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تفتقر الى كفاية الموسرات
فلا معنى للزيادة ونحن نقول بموجب النص انه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين
في ذمته ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين انه لا معنى
للتقدير كما ذهب اليه الشافعي رح انه على الموسر مدان وعلى المعسر مد وعلى المتوسط
مد ونصف لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه وان امتنعت من تسليم
نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة لانه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله
فيجعل كلا فائت وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله لان فوت الاحتباس
منها فاذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة بخلاف ما اذا امتنعت من التمكين في بيت
الزوج لان الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها وان كانت صغيرة
لا يستمتع بها فلا نفقة لها لان امتناع الاستمتاع لمعنى فيها والاحتباس الموجب ما يكون

وسيلة الى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد بخلاف المريضة على ما نبين وقال
الشافعي رح لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين ولنا ان المهر
عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة وان كان
الزوج صغيرا لا يقدر على الجماع وهي كبيرة فلها النفقة من ماله لان التسليم قد تحقق منها
وانما العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين واذا حبست المراة في دين فلا نفقة لها
لان فوت الاحتباس منها بالمماطلة وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه وكذا
اذا غصبها رجل كرها فذهب بها وعن ابي يوسف رح ان لها النفقة والفتوى على الاول لان
فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا وكذا اذا حجت مع محرم لان فوت الاحتباس
منها وعن ابي يوسف رح ان لها النفقة لان اقامة الفرض عذر ولكن تجب عليه نفقة الحضر
دون السفر لانها هي المستحقة عليه ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاجماع لان
الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر ولا يجب الكراء لما قلنا
فان مرضت في منزل الزوج فلها النفقة والقياس ان لا نفقة لها اذا كان مرضا
يمنع الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع وجه الاستحسان ان الاستمتاع قائم فانه يستانس
بها ويمسها وتحفظ البيت والمانع لعارض فاشبه الحيض وعن ابي يوسف رح انها اذا سلمت
نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لان التسليم
لم يصح قالوا هذا حسن وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه قال وتفرض على الزوج النفقة
اذا كان موسرا ونفقة خادمها والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ولهذا ذكر في بعض النسخ
وتفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها ووجهه ان كفايتها واجبة عليه وهذا
من تمامها اذ لا بد لها منه ولا تفرض لاكثر من خادم واحد وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف تفرض لخادمين لانها تحتاج الى احدهما لمصالح الداخل والى الآخر
لمصالح الخارج ولهما ان الواحد يقوم بالامرين فلا ضرورة الى اثنين ولانه لو تولى
كفايتها بنفسه كان كافيا فكذا اذا اقام الواحد مقام نفسه وقالوا ان الزوج الموسر يلزمه
من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امراته وهو ادنى الكفاية وقوله في الكتاب
اذا كان موسرا اشارة الى انه لا تجب نفقة الخادم عند اعساره وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة
وهو الاصح خلافا لما قاله محمد رح لان الواجب على المعسر ادنى الكفاية وهي قد تكتفي بخدمة
نفسها ومن اعسر بنفقة امراته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه وقال الشافعي
يفرق لانه عجز عن الامساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التسريح بالاحسان في
التفريق كما في الجب والعنة بل اولى لان الحاجة الى النفقة اقوى ولنا ان حقه
يبطل وحقها يتاخر والاول اقوى في الضرر وهذا لان النفقة تصير دينا بفرض القاضي

فتستوفي في الحال لتأخر الحال دون المال وهو تابع في النكاح لما يلي بما هو المقصود
وهو التوالد وفائدة الاستدانة مع الفرض أن تمكنها احالة الغريم على الزوج
فأما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضي كانت المطالبة عليها دون الزوج وإذا قضى
القاضي لها نفقة الإعسار ثم أيسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر لأن النفقة تختلف
بحسب اليسار والإعسار وما قضى به تقدير لنفقة لم تجب فإذا تبدل حاله لها المطالبة
بتمام حقها وإذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها إلا أن يكون
القاضي فرض لها النفقة أو صالحت الزوج على مقدار فيها فيقضي لها بنفقة ما مضى
لأن النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء
كالهبة لا توجب الملك إلا بمؤكد وهو القبض والصلح بمنزلة القضاء لأن ولايته على نفسه
أقوى من ولاية القاضي عليه بخلاف المهر لأنه عوض وإن مات الزوج بعد ما قضى عليه
بالنفقة ومضت شهور سقطت النفقة وكذا إذا ماتت الزوجة لأن النفقة صلة
والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض وقال الشافعي رحمه الله تصير دينا
قبل القضاء ولا تسقط بالموت لأنه عوض عنده فصار كسائر الديون وجوابه قد بيناه
وإن أسلفها نفقة السنة أي عجلها ثم مات لم يسترجع منها شيء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي للزوج وهو قول الشافعي رحمه الله
وعلى هذا الخلاف الكسوة لأنها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس وقد بطل
الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضي وعطاء المقاتلة
ولهما أنه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت لانتهاء حكمها
كما في الهبة ولهذا لو هلكت من غير استهلاك لا يسترد شيء منها بالإجماع وعن محمد رحمه الله
أنها إذا قبضت نفقة الشهر أو ما دونه لا يسترجع منها شيء لأنه يسير فصار في حكم الحال
وإذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه إذا تزوج بإذن المولى
لأنه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق
برقبته كدين التجارة في العبد التاجر وله أن يفدي لأن حقها في النفقة لا في عين
الرقبة فلو مات العبد سقطت وكذا إذا قتل في الصحيح لأنه صلة وإن تزوج الحر أمة
فبوأها مولاها معه منزلا فعليه النفقة لأنه تحقق الاحتباس وإن لم يبوئها فلا
نفقة لها لعدم الاحتباس والتبوئة أن يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ولو
استخدمها بعد التبوئة سقطت النفقة لأنه فات الاحتباس والتبوئة غير لازمة
عليه في النكاح ولو خدمته الجارية أحيانا من غير أن يستخدمها لا تسقط النفقة
لأنه لم يستخدمها ليكون استردادا والمدبرة وأم الولد في هذا كالأمة والله أعلم

فصل

وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله إلا أن تختار ذلك لأن السكنى
من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد أوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة وإذا أوجب حقا لها
ليس له أن يشرك غيرها فيه لأنها تتضرر به فإنها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة
مع زوجها ومن الاستمتاع إلا أن تختار لأنها رضيت بانتقاص حقها وإن كان له ولد من غيرها
ليس له أن يسكنه معها لما بينا ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها لأن المقصود
قد حصل وله أن يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها من الدخول عليها لأن المنزل ملكه
فله حق المنع من دخول ملكه ولا يمنعهم من النظر إليها وكلامها في أي وقت اختاروا
لما فيه من قطيعة الرحم وليس له في ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام وإنما يمنعهم
من القرار لأن الفتنة في اللبث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين
ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح
وإذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال
نفقة زوجة الغائب وأولاده الصغار ووالديه وكذا إذا علم القاضي ذلك ولم يعترف
به لأنه لما أقر بالوديعة والزوجية فقد أقر أن حق الأخذ لها لأن لها أن تأخذ من مال
الزوج حقها من غير رضاه وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما ههنا فإنه
لو أنكر أحد الأمرين لا تقبل بينة المرأة فيه لأن المودع ليس بخصم في إثبات الزوجية
عليه ولا المرأة خصم في إثبات حقوق الغائب فإذا ثبت في حقه تعدى إلى الغائب
وكذا إذا كان المال في يد مضاربه وكذا الجواب في الدين وهذا كله إذا كان المال من جنس
حقها دراهم أو دنانير أو طعاما أو كسوة من جنس حقها أما إذا كان من خلاف جنسه لا تفرض
النفقة فيه لأنه يحتاج إلى البيع ولا يباع مال الغائب بالاتفاق أما عند أبي حنيفة رحمه الله
فلأنه لا يباع على الحاضر فكذا على الغائب وأما عندهما فلأنه إن كان يقضي على الحاضر
لأنه يعرف امتناعه لا يقضي على الغائب لأنه لا يعرف امتناعه ويأخذ منها كفيلا بها
نظرا للغائب لأنها ربما استوفت النفقة أو طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق
بين هذا وبين الميراث إذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا نعلم له
وارثا آخر حيث لا يأخذ منهم الكفيل عند أبي حنيفة رحمه الله لأن هناك المكفول له مجهول وههنا
معلوم وهو الزوج ويحلفها بالله ما أعطاها الزوج النفقة نظرا للغائب قال ولا يقضي
بنفقة في مال الغائب إلا لهؤلاء ووجه الفرق أن نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضي
ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضي إعانة لهم أما غيرهم من المحارم فنفقتهم إنما
بالقضاء لأنه مجتهد فيه والقضاء على الغائب لا يجوز ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم يكن

مقر به فاقامة البينة على الزوجية او لم يخلف مالا فاقامت البينة ليفرض القاضي نفقتها
على الغائب ويأمرها بالاستدانة عليه لا يقضي القاضي بذلك لان في ذلك قضاء على الغائب
وقال زفر رح يقضي لان فيه نظرا لها ولا ضرر فيه على الغائب فانه لو حضر وصدقها
فقد اخذت حقها وان جحد يحلف فان نكل فقد صدق وان اقامت بينة فقد ثبت حقها
وان عجزت يضمن الكفيل او المرأة وعمل القضاة اليوم على هذا انه يقضي بالنفقة
على الغائب لحاجة الناس وهو مجتهد فيه وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها فلم نذكرها
والله اعلم

فصل

واذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا
كان او بائنا وقال الشافعي رح لا نفقة للمبتوتة الا اذا كانت حاملا اما الرجعي فلان النكاح
بعد قائم لا سيما عندنا فانه يحل له الوطي واما البائن فوجه قوله ما روي عن فاطمة بنت
قيس قالت طلقني زوجي ثلثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة ولانه لا ملك له
وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه بخلاف ما اذا كانت حاملا
لانا عرفناه بالنص وهو قوله تعالى وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن الاية
ولنا ان النفقة جزاء الاحتباس على ما ذكرنا والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح
وهو الولد اذ العدة واجبة لصيانة الولد فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالاجماع
وصار كما اذا كانت حاملا وحديث فاطمة رده عمر رض فانه قال لا ندع كتاب
ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لا ندري لعلها صدقت ام كذبت حفظت ام نسيت
سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة الثلث النفقة والسكنى ما دامت في العدة ورده
ايضا زيد بن ثابت واسامة بن زيد وجابر وعائشة رض ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها
لان احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فان التربص عبادة منها الا ترى ان
معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيها حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها
عليه ولان النفقة تجب شيئا فشيئا ولا ملك له بعد الموت فلا يمكن ايجابها في ملك الورثة
وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها
لانها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما اذا كانت ناشزة بخلاف المهر بعد الدخول
لانه وجد التسليم في حق المهر بالوطي وبخلاف ما اذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية
كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لانها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط
النفقة كما اذا حبست نفسها لاستيفاء المهر وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله
سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة معناه مكنت بعد الطلاق
لان الفرقة تثبت بالطلاق الثلث ولا عمل فيها للردة والتمكين الا ان المرتدة تحبس حتى
تتوب ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق والله تعالى اعلم

فصل

ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة
لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن والمولود له هو الاب وان كان الصغير رضيعا
فليس على امه ان ترضعه لما بينا ان الكفاية على الاب واجرة الرضاع كالنفقة ولانها عساها لا تقدر
عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه وقيل في تأويل قوله تعالى لا تضار والدة بولدها بالزامها
الارضاع مع كراهتها وهو الذي ذكرنا بيان الحكم وذلك اذا كان يوجد من ترضعه اما اذا كان لا توجد
من ترضعه تجبر على الارضاع صيانة للصبي عن الضياع قال ويستأجر الاب من ترضعه عندها
اما استيجار الاب فلان الاجر عليه وقوله عندها معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها
وان استأجرها وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز لان الارضاع مستحق عليها
ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن اولادهن الا انها عذرت لاحتمال عجزها فاذا
اقدمت عليه بالاجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز اخذ الاجر عليه وهذا
في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قائم وكذا في المبتوتة في رواية
وفي رواية اخرى جاز استيجارها لان النكاح قد زال وجه الاول انه باق في حق بعض
الاحكام ولو استأجرها وهي منكوحته او معتدته لارضاع ابن له من غيرها جاز لانه غير مستحق
عليها وان انقضت عدتها فاستأجرها يعني لارضاع ولدها جاز لان النكاح قد زال
بالكلية وصارت كالاجنبية فان قال الاب لا استأجرها وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل
اجرة الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت هي احق لانها اشفق فكان نظرا للصبي في الدفع
اليها وان التمست زيادة لم يجبر الزوج عليها دفعا للضرر عنه واليه الاشارة في قوله تعالى
لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده اي بالزامه لها اكثر من اجرة الاجنبية ونفقة
الصغير واجبة على ابيه وان خالفه في دينه كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وان خالفته
في دينه اما الولد فلاطلاق ما تلونا ولانه جزؤه فيكون في معنى نفسه واما الزوجة فلان السبب
هو العقد الصحيح فانه بازاء الاحتباس الثابت به وقد صح العقد بين المسلم والكافرة
وترتب عليه الاحتباس فوجبت النفقة وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم
يكن للصغير مال اما اذا كان له مال فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا
كان او كبيرا والله اعلم

فصل

وعلى الرجل ان ينفق على ابويه واجداده وجداته
اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه اما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا
نزلت في الابوين الكافرين وليس من المعروف ان يعيش في نعم الله ويتركهما
يموتان جوعا واما الاجداد والجدات فلانهم من الاباء والامهات ولهذا يقوم الجد مقام الاب
عند عدمه ولانهم تسببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه الاحياء بمنزلة الابوين وشرط

الفقر

لانه لما كان ماله فلما جاز ايجاب نفقته في ماله جاز ايجاب نفقته في مال غيره ولا يمتنع ذلك
باختلاف الدين لما ذكرنا ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد
والجدات والولد وولد الولد اما الزوجة فلما ذكرنا انها وجبت لها بالعقد لاحتباسها بحق
مقصود وهذا لا يتعلق باتحاد الملة واما غيرها فلان الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه
فكما لا تمتنع نفقة نفسه بكفره لا تمتنع نفقة جزئه الا انهم اذا كانوا حربيين لا تجب
نفقتهم على المسلم وان كانوا مستامنين لانا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين
ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم وكذا لا تجب على المسلم نفقة اخيه النصراني
لان النفقة متعلقة بالارث بالنص بخلاف العتق عند الملك لانه متعلق بالقرابة
والمحرمية بالحديث ولان القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين آكد ودوام
ملك اليمين اعلى في القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي
الادنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا ولا يشارك الولد في نفقة ابويه احد لان لهما
تاويلا في مال الولد بالنص ولا تاويل لهما في مال غيره ولانه اقرب الناس اليهما فكان
اولى باستحقاق نفقتهما عليه وهي على الذكور والاناث بالسوية في ظاهر الرواية
وهو الصحيح لان المعنى يشملهما والنفقة لكل ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او
كانت امراة بالغة فقيرة او كان ذكرا بالغا فقيرا زمنا او اعمى لان الصلة في القرابة
القريبة واجبة دون البعيدة والفاصل ان يكون ذا رحم محرم وقد قال الله تعالى
وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك
ثم لا بد من الحاجة والصغر والانوثة والزمانة والعمى امارة الحاجة لتحقق العجز فان
القادر على الكسب غني بكسبه بخلاف الابوين لانه يلحقهما تعب الكسب والولد مامور بدفع
الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما قال ويجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه
لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ولان الغرم بالغنم والجبر لايفاء
حق مستحق قال وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على ابويه اثلاثا على الاب
الثلثان وعلى الام الثلث لان الميراث لهما على هذا المقدار قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره رواية
الخصاف والحسن وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الاب لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن
وصار كالولد الصغير ووجه الفرق على الرواية الاولى انه اجتمعت للاب في الصغير
ولاية ومؤنة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاختص بنفقته ولا كذلك الكبير لانعدام
الولاية فتشاركه الام وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على
الام والجد اثلاثا ونفقة الاخ المعسر على الاخوات المتفرقات الموسرات اخماسا على قدر الميراث
غير ان المعتبر فيه اهلية الارث لا احرازه فان المعسر اذا كان له خال وابن عم تكون نفقته

على خاله وميراثه يحرزه ابن عمه ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان اهلية
الارث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير لانها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف
تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لانه التزمها بالاقدام على العقد
اذ المصالح لا تنتظم دونها ولا تعمل في مثلها الاعسار ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روي
عن ابي يوسف وعن محمد انه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا او بما يفضل على ذلك
من كسبه الدائم كل يوم لان المعتبر في حقوق العباد انما هو القدرة دون النصاب فانه
للتيسير والفتوى على الاول لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة واذا كان للابن الغائب مال
قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند
ابي حنيفة رحمه الله وهذا استحسان وان باع العقار لم يجز وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس
لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ ولهذا لا يملك حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى
النفقة وكذا لا تملك الام في النفقة ولابي حنيفة رحمه الله ان للاب ولاية الحفظ في مال ابنه
الغائب الا ترى ان للوصي ذلك فالاب اولى لوفور شفقته وبيع المنقول من باب
الحفظ ولا كذلك العقار لانها محصنة بنفسها وبخلاف غير الاب من الاقارب لانه
لا ولاية لهم اصلا في التصرف حالة الصغر ولا في الحفظ بعد الكبر فاذا جاز بيع الاب
والثمن من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه كما لو باع العقار والمنقول
على الصغير جاز لكمال الولاية ثم له ان ياخذ نفقته لانه من جنس حقه واذا كان للابن
الغائب مال في يد ابويه فانفقا منه لم يضمنا لانهما استوفيا حقهما لان نفقتهما واجبة
قبل القضاء على ما مر وقد اخذا جنس الحق وان كان له مال في يد اجنبي فانفق عليهما بغير
اذن القاضي ضمن لانه تصرف في مال الغير بغير ولاية لانه نائب في الحفظ
لا غير بخلاف ما اذا امره القاضي لان امره ملزم لعموم ولايته واذا ضمن لا يرجع على القابض
لانه ملكه بالضمان فظهر انه كان متبرعا فيه واذا قضى القاضي للولد والوالدين و
ذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت لان نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة
حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضي المدة بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها
القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى قال الا ان
ياذن القاضي في الاستدانة عليه لان القاضي له ولاية عامة فصار اذنه كامر
الغائب فيصير دينا في ذمته فلا يسقط بمضي المدة والله اعلم

فصل

وعلى المولى ان ينفق على امته وعبده لقوله عليه السلام في المماليك انهم اخوانكم جعلهم الله تحت ايديكم
فاطعموهم مما تاكلون والبسوهم مما تلبسون ولا تعذبوا عباد الله فان امتنع وكان لهما
كسب اكتسبا وانفقا لان فيه نظرا للجانبين حتى يبقى المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك

وإن لم يكن لها كسب بأن كان عبدا زمنا أو جارية لا يؤاجر مثلها أجبر المولى على بيعهما لأنهما
من أهل الاستحقاق وفي البيع إيفاء حقهما وإبقاء حق المولى بالخلف بخلاف نفقة الزوجة
لأنها تصير دينا فكان تأخيرا على ما ذكرنا ونفقة المملوك لا تصير دينا فكان إبطالا وبخلاف
سائر الحيوانات لأنها ليست من أهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها إلا أنه يؤمر به فيما بينه
وبين الله تعالى لأنه نهى عن تعذيب الحيوان وفيه ذلك ونهى عن إضاعة المال وفيه إضاعته
وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجبر والأصح ما قلناه والله أعلم

كتاب العتاق

الإعتاق تصرف
مندوب إليه قال عليه السلام أيما مسلم أعتق مؤمنا أعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار ولهذا
استحبوا أن يعتق الرجل والمرأة أمة ليتحقق مقابلة الأعضاء بالأعضاء قال العتق يصح
من الحر البالغ العاقل في ملكه شرط الحرية لأن العتق لا يصح إلا في الملك ولا ملك للمملوك
والبلوغ لأن الصبي ليس من أهله لكونه ضررا ظاهرا ولهذا لا يملكه الولي عليه والعقل
لأن المجنون ليس بأهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله
وكذا إذا قال المعتق أعتقت وأنا مجنون وجنونه كان ظاهرا لوجود الإسناد إلى حالة
منافية وكذا إذا قال الصبي كل مملوك أملكه فهو حر إذا احتلمت لا يصح لأنه ليس بأهل لقول
ملزم ولا بد أن يكون العبد في ملكه حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لما روينا لا عتق فيما لا يملكه
ابن آدم فإذا قال لعبده أو أمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو أعتقتك
فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو لأن هذه الألفاظ صريح فيه لأنها مستعملة فيه شرعا
وعرفا فأغنى ذلك عن النية والوضع وإن كان للإخبار فقد جعل إنشاء في
التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما ولو قال عنيت به الإخبار
الباطل أو أنه حر من العمل صدق ديانة لأنه يحتمله ولا يصدق قضاء لأنه خلاف الظاهر
ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق لأنه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار المنادى بالوصف
المذكور وهذا هو حقيقته فيقتضي تحقق الوصف فيه وأنه يثبت من جهته فيقضى
بثبوته تصديقا له وسنقرره إن شاء الله تعالى إلا إذا سماه حرا ثم ناداه يا حر لأن مراده
الإعلام باسم علمه وهو ما لقبه به ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق
وكذا عكسه لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخبارا عن الوصف وكذا لو قال رأسك حر
أو وجهك أو رقبتك أو بدنك أو قال لأمته فرجك حر لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن
جميع البدن وقد مر في الطلاق وإن أضافه إلى جزء شائع يقع في ذلك الجزء وسيأتيك
الاختلاف إن شاء الله تعالى وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل
لا يقع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه ولو قال
لا ملك لي عليك ونوى به الحرية يعتق وإن لم ينو لم يعتق لأنه يحتمل أنه أراد لا ملك

لي عليك لأني بعتك ويحتمل لأني أعتقتك فلا يتعين أحدهما مرادا إلا بالنية
قال وكذا كنايات العتق وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي
عليك وقد خليت سبيلك لأنه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخلية السبيل بالبيع
والكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية وكذا قوله لأمته قد أطلقتك لأنه بمنزلة قوله
خليت سبيلك وهو المروي عن أبي يوسف بخلاف قوله طلقتك على ما نبينه من بعد إن شاء الله
ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق لأن السلطان عبارة عن اليد وسمي
السلطان به لقيام يده وقد يبقى الملك دون اليد كما في المكاتب بخلاف قوله لا سبيل لي
عليك لأن نفيه مطلقا بانتفاء الملك لأن للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق
ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق ومعنى المسألة إذا كان يولد مثله لمثله فإن كان
لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ثم إن لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لأن ولاية
الدعوة بالملك ثابتة والعبد يحتاج إلى النسب فيثبت نسبه منه وإذا ثبت عتق لأنه
يستند النسب إلى وقت العلوق وإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر
ويعتق إعمالا للفظ في مجازه عند تعذر إعماله في حقيقته ووجه المجاز نذكره
من بعد إن شاء الله تعالى ولو قال هذا مولاي أو يا مولاي عتق أما الأول فلأن اسم المولى
وإن كان ينتظم الناصر وابن العم والموالاة في الدين والأعلى والأسفل في العتاقة
إلا أنه تعين الأسفل فصار كاسم خاص له وهذا لأن المولى لا يستنصر بمملوكه
عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الأول والثاني والثالث نوع مجاز والكلام للحقيقة
والإضافة إلى العبد تنافي كونه معتقا فتعين المولى الأسفل فالتحق بالصريح وكذا
إذا قال لأمته هذه مولاتي لما بينا ولو قال عنيت به المولى في الدين أو الكذب يصدق
فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر وأما الثاني فلأنه
لما تعين الأسفل مرادا التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال
يا حر يا عتيق وكذا النداء بهذا اللفظ وقال زفر رحمه الله لا يعتق في الثاني لأنه يقصد به
الإكرام بمنزلة قوله يا سيدي يا مالكي قلنا الكلام لحقيقته وقد أمكن العمل به
بخلاف ما ذكر لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق فكان إكراما محضا ولو قال يا ابني أو يا أخي
لم يعتق لأن النداء لإعلام المنادى إلا أنه إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان
لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حر
على ما بيناه وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرد دون تحقيق
الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق
من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الإعلام ويروى عن أبي حنيفة رحمه الله

شاذا انه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر ولو قال يا ابن لا يعتق لان الامر كما اخبر
فانه ابن ابيه وكذا اذا قال يا بني او يا بنية لانه تصغير الابن والبنت من غير اضافة
والامر كما اخبر وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عليه عند ابي حنيفة رح وقالا
لا يعتق وهو قول الشافعي رح لانه كلام محال بحقيقته فيرد ويلغو كقوله اعتقتك قبل ان
اخلق او قبل ان تخلق ولابي حنيفة انه محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لانه اخبار عن
حريته من حين ملكه وهذا لان البنوة في المملوك سبب لحريته اما اجماعا او صلة للقرابة
واطلاق السبب وارادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزا ولان الحرية ملازمة للبنوة
في المملوك والمشابهة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الالغاء
بخلاف ما استشهد به لانه لا وجه له في المجاز فتعين الالغاء وهذا بخلاف ما اذا قال لغيره
قطعت يدك فاخرجهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال والتزامه وان كان
القطع سببا لوجوب المال لان القطع خطا سبب لوجوب مال مخصوص وهو الارش
وانه يخالف مطلق المال في الوصف حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن
اثباته بدون القطع وما امكن اثباته فالقطع ليس بسبب له اما الحرية لا تختلف ذاتا
وحكما فامكن جعله مجازا عنه ولو قال هذا ابي وامي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على هذا
الخلاف لما بينا ولو قال لصبي هذا جدي قيل هو على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا
الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة وهو الاب وهي غير ثابتة في كلامه فتعذر
ان يجعل مجازا عن الموجب بخلاف الابوة والبنوة لان لهما موجبا في الملك من غير واسطة
ولو قال هذا اخي لا يعتق في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رح انه يعتق ووجه الروايتين
ما بيناه ولو قال لعبده هذا ابنتي فقد قيل على الخلاف وقيل هذا بالاجماع لان المشار اليه
ليس من جنس المسمى وهو معدوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح وان قال لامته انت
طالق او باين او تخمري ونوى به العتق لم يعتق وقال الشافعي رح يعتق اذا نوى
وكذا على هذا الخلاف ساير الفاظ الصريح والكناية على ما قاله مشايخهم رح انه نوى
ما يحتمله لفظه لان بين الملكين موافقة اذ كل واحد منهما ملك العين اما ملك اليمين
فظاهر وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التابيد من شرطه والتاقيت مبطل له
وعمل اللفظين في اسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط
اما الاحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية
عن الطلاق فكذا عكسه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه لان الاعتاق لغة اثبات القوة
والطلاق رفع القيد وهذا لان العبد الحق بالجمادات وبالاعتاق يحيى فيقدر ولا كذلك
المنكوحة فانها قادرة الا ان قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفا

ولا خفا ان الاول اقوى ولانه ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان اسقاطه اقوى واللفظ
يصلح مجازا عما هو دونه لا عما هو فوقه فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ
في عكسه واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق لان المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني
عرفا فوقع الشك في الحرية ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات
على وجه التاكيد كما في كلمة الشهادة ولو قال راسك راس حر لا يعتق لانه تشبيه بحذف
حرفه ولو قال راسك راس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الراس يعبر به عن جميع البدن
والله اعلم

فصل

ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذا اللفظ مروي عن رسول الله
وقال عم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤثرة بالمحرمية
الولاد وغيره والشافعي رح يخالفنا في غيره له ان ثبوت العتق من غير مرضات المالك
ينفيه القياس او لا يقتضيه والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع
الالحاق والاستدلال ولهذا امتنع التكاتب على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه ولنا
ما روينا ولانه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه وهذا هو المؤثر في الاصل والولاد
ملغى لانها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرم النكاح ولا فرق
بين ما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام لعموم العلة والمكاتب اذا اشترى
اخاه ومن يجري مجراه لا يتكاتب عليه لانه ليس له ملك تام يقدره على الاعتاق والافتراض
عند القدرة بخلاف الولاد لان العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقا
للمقصود وعن ابي حنيفة رح انه يتكاتب على الاخ ايضا وهو قولهما قلنا ان نمنع وهذا
بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي اخته من الرضاع لان المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل
اهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق
العبد فشابه النفقة ومن اعتق عبدا لوجه الله او للشيطان او للصنم عتق لوجود ركن
الاعتاق من اهله في محله ووصف القربة في اللفظ الاول زيادة فلا يختل العتق بعدمه
في اللفظين الاخيرين وعتق المكره والسكران واقع لصدور الركن من الاهل في المحل
كما في الطلاق وقد بيناه من قبل واذا اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق اما
الاضافة الى الملك ففيه خلاف الشافعي رح وقد بيناه في كتاب الطلاق واما التعليق
بالشرط فلانه اسقاط فيجري فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه واذا خرج
عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله عم في عبيد الطايف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله
ولانه احرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وان اعتق حاملا عتق حملها
تبعا لها اذ هو متصل بها وان اعتق الحمل خاصة عتق دونها لانه لا وجه الى اعتاقها مقصودا
لعدم الاضافة اليها تبعا لما فيه من قلب الموضوع ثم اعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه ولا هبته

لان التسليم نفسه شرط في الهبة والصدقة عليه في البيع ولم يوجب بالاضافة الى الجنين
وشبهه ذلك ليس بشرط في الاعتاق فافترقا ولو اعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال
اذ لا وجه الى الزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ولا الى الزامه على الام لانه
في حق العتق نفس على حدة واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما عرف
في الخلع وانما يعرف قيام الحمل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منذ اعتق
او بخروج الحمل ولو اعتق مولاها لانه بخلوه جزء منها فيعتق عليه من الاصل
ولا معارض له فيه لان ولد الامة لمولاها والحمل ان وضعها مملوك لسيدها
لترجيح جانب الام باعتبار الحضانة او لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة
والترجيح بتبعية ولد المغرور لانه الاعلى ... وولد الحرة حر على كل حال
لان جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوقية وامومية
الولد والتدبير والكتابة والله اعلم **باب العبد يعتق بعضه** واذا اعتق المولى
بعض عبده عتق ذلك البعض ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة وقالا يعتق
كله واصله ان الاعتاق يتجزى عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزى وهو قول
الشافعي فاضافته الى البعض ما لا يتجزى كاضافته الى الكل فلهذا يعتق كله لهما
ان الاعتاق اثبات العتق وهو قوة حكمية واثباتها بازالة ضدها وهو الرق
الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزيان فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد
ولابي حنيفة ان الاعتاق اثبات العتق بازالة الملك او هو ازالة الملك لان الملك
حقه والرق حق الشرع او حق العامة وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية
المتصرف وهو ازالة حقه لا حق غيره والاصل ان التصرف يقتصر على موضع
الاضافة والتعدي الى ما وراءه ضرورة عدم التجزي والملك متجز كما في
البيع والهبة فيبقى على الاصل وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد
والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية
في كله وبقاء الملك في بعضه يمنعه فعملنا بالدليلين بانزاله مكاتبا اذ هو مالك
يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ان يستسعيه وله خيار ان يعتقه لان
المكاتب قابل للاعتاق غير انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط لا الى احد فلا يقبل
الفسخ بخلاف الكتابة المقصودة لانه عقد يقال ويفسخ وليس في الطلاق والعتاق
حالة متوسطة فاثبتناه في الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجز حتى
لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه
بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد واذا كان العبد بين شريكين

فاعتق احدهما نصيبه عتق فان كان موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن
شريكه قيمة نصيبه وان شاء استسعى العبد فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء
للمعتق وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما وان كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار
ان شاء اعتق وان شاء استسعى والولاء بينهما في الوجهين وهذا عند ابي حنيفة رض
وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ولا يرجع المعتق على العبد في
الولاء للمعتق وهذه المسئلة تبتنى على حرفين احدهما تجزي الاعتاق وعدمه على ما بينا
والثاني ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لهما في الثاني قوله عم
في الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى في حصة الآخر قسم والقسمة
تنافي الشركة وله انه اذا احتبست ماليته نصيبه عند العبد فله ان يضمنه كما اذا ذهبت
الريح بثوب انسان والقته في صبغ غيره حتى انصبغ فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر
موسرا كان او معسرا لما قلنا فكذا هاهنا الا ان العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار
التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لا يسار الغنى لانه به يعتدل النظر
من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ثم التخريج
على قولهما ما ذكرنا في عدم رجوع المعتق على العبد بما ضمن لعدم السعاية عليه في حالة اليسار
والولاء للمعتق لان العتق كله من جهته لعدم التجزي واما التخريج على قوله فخيار الاعتاق
لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق يتجزى عنده والتضمين لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه
حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لما بينا
ويرجع المعتق على العبد بما ضمن لانه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان لذلك
بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولانه ملكه بأداء الضمان ضمنا فيصير كان الكل له وقد اعتق بعضه
فله ان يعتق الباقي او يستسعي ان شاء والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته
حيث ملكه بالضمان وفي حالة اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان استسعى لما بينا
والولاء له في الوجهين لان العتق من جهته ولا يرجع المستسعي على المعتق بما ادى بالاجماع
لانه يسعى لفكاك رقبته او لا يقضي دينا على المعتق اذ لا شيء عليه لعسرته بخلاف العبد المرهون
اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبته قد فكت او يقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع
عليه وقول الشافعي في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع
ويوهب لانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لان العبد ليس بجان
ولا راض به ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما قلنا ولنا ان الاستسعاء سبيل
لانه لا يفتقر الى الجناية بل يبنى على احتباس المالية فلا يصار الى الجمع بين العقوبة
المالكية لضعف الساكت لها في شخص واحد قال ولو شهد كل واحد من الشريكين

على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة
وكذا اذا كان احدهما موسرا والآخر معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار
مكاتبا في زعمه عند ابي حنيفة رحمه الله وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمتنع
من استرقاقه ويستسعيه لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا لانه مكاتبه
او مملوكه فلهذا يستسعيانه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه في الحالين
في احد الشيئين لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقد تعذر التضمين لانكار الشريك
فيتعين الآخر وهو السعاية والولاء لهما لان كل واحد منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه
باعتاقه وولاؤه له وعتق نصيبي بالسعاية وولاؤه لي وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان كانا
موسرين فلا سعاية عليه لان كل واحد منهما يتبرأ عن سعايته بدعوى الضمان على صاحبه لان
يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت لانكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبتت
لاقراره على نفسه وان كانا معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية عليه صادقا
كان او كاذبا على ما بيناه اذ المعتق معسر وان كان احدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر
منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعي السعاية عليه ولا يتبرأ عنه
ولا يسعى للمعسر لانه يدعي الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء
موقوف في جميع ذلك عندهما لان كل واحد منهما يحيله على صاحبه وهو يتبرأ منه فيبقى موقوفا
الى ان يتفقا على اعتاق احدهما ولو قال احد الشريكين ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر
وقال الآخر ان دخل فهو حر فمضى الغد ولا يدرى ادخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في
النصف وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يسعى في جميع قيمته لان المقضي
عليه بسقوط السعاية مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول فصار كما اذا قال لغيره لك
على احدنا الف درهم فانه لا يقضي بشيء للجهالة كذا هذا ولهما انا تيقنا بسقوط نصف
السعاية لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضي بوجوب الكل
والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع كما اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه
وما قبل التذكر او البيان يأتي التوزيع فيه على ان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما او لا
على الاختلاف الذي سبق ولو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما بعينه لم يعتق واحد منهما
لان المقضي عليه بالعتق مجهول وكذا المقضي له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء
وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم فغلب المعلوم المجهول واذا اشترى الرجلان
ابن احدهما عتق نصيب الاب لانه ملك شقص قريبه وشراؤه اعتاق على ما مر ولا ضمان
عليه للآخر علم ان ابن شريكه او لم يعلم وكذلك اذا ورثاه والشريك بالخيار ان شاء اعتق
نصيبه وان شاء استسعى العبد وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا في الشراء يضمن الاب نصف

قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا يسعى الابن في نصف قيمته لشريك ابيه وعلى هذا الخلاف
اذا ملكاه بهبة او صدقة او وصية وعلى هذا اذا اشتراه رجلان واحدهما قد حلف بعتقه
ان اشترى نصفه لهما انه ابطل نصيب صاحبه بالاعتاق لان شراء القريب اعتاق فصار كما اذا
كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه ولابي حنيفة انه رضي بافساد نصيبه فلا يضمنه
كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك انه شاركه فيما هو علة العتق
وهو الشراء لان شراء القريب اعتاق حتى يخرج به عن الكفارة عندنا وهذا ضمان افساد
في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار فيسقط بالرضا ولا يختلف الجواب بين العلم
وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه لان الحكم يدار على السبب كما اذا قال لغيره كل هذا الطعام
وهو مملوك للآمر ولا يعلم الآمر بملكه وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى
الاب نصفه الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب لانه ما رضي
بافساد نصيبه وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة
لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له ويضمن الاب نصف قيمته
لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن ان كان موسرا ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا
يضمن لبائعه شيئا عنده والوجه قد ذكرناه وان كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره احدهم وهو موسر
ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا الضمان فللساكت ان يضمن المدبر ولا يضمن المعتق وللمدبر
ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن للساكت وهذا عند ابي حنيفة
وقالا العبد كله للذي دبره اول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه موسرا كان او معسرا واصل
هذا ان التدبير يتجزأ عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعبه فيكون
معتبرا به ولما كان متجزئا عنده اقتصر على نصيبه وقد فسد بالتدبير نصيب الآخرين
فلكل واحد منهما ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد
او يتركه على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسد بافساد شريكه حيث سد عليه طرق
الانتفاع به بيعا وهبة على ما مر فاذا اختار احدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختيار
غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير ان له ان يضمن
المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل حتى جعل الغصب ضمان معاوضة عندنا
وامكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير ولا يمكن ذلك
في الاعتاق لانه عند ذلك مكاتب او حر على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه
حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا
لانه افسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا

على ما قالاه ولا يضمنه قيمة ما ملكه بالضمان من جهة الساكت لأنه ملكه بسبب مستند وهو
ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين والولاء بين المدبر والمعتق أثلاثا
ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار فإذا لم يكن التدبير
متجزيا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد ضمن نصيب شريكه لما بينا فيضمنها ولا يختلف
باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك فأشبه الاستيلاد بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جناية والولاء
كله للمدبر وهذا ظاهر قال وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه
وأنكر ذلك صاحبه فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند أبي حنيفة وقالا إن شاء المنكر
استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه
انقلب إقرار المقر عليه كأنه استولدها فصار كما إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع
قبل البيع يجعل كأنه أعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج
إلى العتاق بالاستسعاء كأم ولد النصراني إذا أسلمت ولأبي حنيفة رحمه الله أن المقر لو صدق كانت
الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن فيه وهو النصف
ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد
والضمان والإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب وهذا أمر لازم لا يرتد بالرد
فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد وإن كانت أم ولد بينهما فأعتقها أحدهما وهو موسر
فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن نصف قيمتها لأن مالية أم الولد غير متقومة
عنده وعندهما متقومة وعلى هذا الأصل ينبني عدة من المسائل أوردناها في كفاية
المنتهي وجه قولهما أنه منتفع بها وطئا وإجارة واستخداما وهذا هو دلالة التقوم
وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت
عليها السعاية وهذه آية التقوم غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لفوات
منفعة البيع والسعاية بعد الموت بخلاف المدبر لأن الفائت منفعة البيع أما السعاية
والاستخدام باقيان ولأبي حنيفة رحمه الله أن التقوم بالإحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم
والإحراز للتقوم تابع ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر وهذا لأن السبب
فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة
إلا أنه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في إسقاط التقوم وفي
ينعقد السبب بعد الموت وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا وفي أم
ولد النصراني قضينا بكتابتها عليه دفعا للضرر عن الجانبين وبدل الكتابة لا يفتقر
وجوبه إلى التقوم والله أعلم

باب عتق أحد العبدين

ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحدكما حر ثم مات ولم يبين
عتق من الذي أعيد عليه القول ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد كذلك إلا في العبد الأخير فإنه يعتق ربعه أما الخارج فلأن الإيجاب
الأول دائر بينه وبين الثابت وهو الذي أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة
بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثاني ربعا
لأن الثاني دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما غير أن الثابت استحق نصف الحرية
بالإيجاب الأول فشاع النصف المستحق بالثاني في نصفيه فما أصاب المستحق بالأول
لغا وما أصاب الفارغ بقي فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الأرباع ولأنه لو أريد هو
بالثاني يعتق نصفه ولو أريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتنصف فيعتق
منه الربع بالثاني والنصف بالأول وأما الداخل فمحمد رحمه الله يقول لما دار الإيجاب الثاني
بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك نصيب الداخل وهما يقولان
إنه دائر بينهما وقضيته التنصيف وإنما نزل إلى الربع في حق الثابت لاستحقاقه النصف
بالإيجاب الأول كما ذكرنا ولا استحقاق للداخل من قبل فيثبت فيه النصف قال فإن كان
القول منه في المرض قسم الثلث على هذا وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة
على قولهما لأنا نجعل كل رقبة على أربعة لحاجتنا إلى ثلاثة أرباع فنقول يعتق من الثابت
ثلاثة ومن الأخريين من كل واحد منهما سهمان فبلغ سهام العتق سبعة والعتق في مرض
الموت وصية ومحل نفاذها الثلث فلا بد أن يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل
كل رقبة على سبعة وجميع المال أحد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى
في أربعة ومن الباقيين من كل واحد منهما سهمان ويسعى في خمسة فإذا جمعت وتأملت
استقام الثلث والثلثان وعند محمد رحمه الله يجعل كل رقبة على ستة لأنه يعتق من الداخل
عنده سهم فنقصت من سهام العتق سهم وصار جميع المال ثمانية عشر والباقي بحاله
ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر
الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه قيل هذا قول محمد رحمه الله
خاصة وعندهما يسقط ربعه وقيل هو قولهما أيضا وقد ذكرنا الفرق وتمام
تفريعاتها في الزيادات ومن قال لعبديه أحدكما حر فباع أحدهما أو مات أو قال له أنت حر
بعد موتي عتق الآخر لأنه لم يبق محلا للعتق أصلا بالموت وللعتق من جهته بالبيع و
من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن وبالتدبير
إبقاء الانتفاع إلى موته والمقصودان ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة
وكذا إذا استولد إحداهما للمعنى الذي بيناه ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض
أو بدونه والمطلق وبشرط الخيار لأحد المتعاقدين لإطلاق جواب الكتاب والمعنى

ما قلنا والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف رح والهبة والتسليم والصدقة
والتسليم بمنزلة البيع وكذا اذا قال لامرأتيه احديكما طالق ثم ماتت احديهما لما قلنا
وكذا لو وطئ احديهما لما بينا ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم جامع احديهما لم تعتق الاخرى
عند ابي حنيفة رح وقالا تعتق لان الوطء لا يحل الا في الملك واحديهما حرة فكان بالوطء
مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الاخرى لزواله بالعتق كما في الطلاق وله ان
الملك قائم في الموطوءة لان الايقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل
بيانا ولهذا حل وطؤهما على مذهبه الا انه لا يفتى به ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان
لتعلقه به او يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم يقبله والوطء يصادف المعينة
بخلاف الطلاق لان المقصود الاصلي من النكاح الولد وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء
الملك في الموطوءة صيانة للولد اما الامة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون
الولد فلا يدل على الاستبقاء ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة
فولدت غلاما وجارية ولا يدرى ايهما اولا عتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد
لان كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اول مرة الام بالشرط والجارية
لكونها تبعا لها اذ الام حرة حين ولدتها وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية اولا
لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة وتسعى في النصف اما الغلام يرق في الحالين
فلهذا يكون عبدا وان ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة
فالقول قوله مع يمينه لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل
عتقت الام والجارية لان دعوى الام حرية الجارية الصغيرة معتبرة لكونها نفعا
محضا فاعتبر النكول في حق حريتها فعتقتا ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئا
والمسألة بحالها عتقت الام بنكول المولى خاصة دون الجارية لان دعوى الام غير
معتبرة في حق الجارية الكبيرة وصحة النكول تبتني على الدعوى فلم يظهر في حق
الجارية ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة
يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا والتحليف على العلم فيما ذكرنا لانه
استحلاف على فعل الغير وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى قال
وان شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة رح الا
ان تكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق فان شهدا انه طلق احدى نسائه جازت
الشهادة ويجبر الزوج على ان يطلق احديهن وهذا بالاجماع وقال ابو يوسف ومحمد رح
الشهادة في العتق مثل ذلك واصل هذا ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند ابي حنيفة
وعندهما تقبل والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق

بالاتفاق والمسألة معروفة واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لم يتحقق في مسألة الكتاب
لان الدعوى من المجهول لا يتحقق فلا تقبل الشهادة وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة
وان انعدم الدعوى اما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خللا في الشهادة لانها ليست
بشرط فيها ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه لا تقبل عند ابي حنيفة رح وان لم يكن الدعوى
شرطا فيه لانه انما يشترط الدعوى لما انه يتضمن تحريم الفرج فيشابه الطلاق والعتق
المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرنا فصار كالشهادة على عتق احد العبدين
وهذا كله اذا شهدا في صحته على انه اعتق احد عبديه اما اذا شهدا انه اعتق احد
عبديه في مرض موته او شهدا على انه دبره في الصحة او في المرض واداء الشهادة
في مرض موته او بعد الوفاة تقبل استحسانا لان التدبير حيثما وقع وقع وصية
وكذا العتق في مرض الموت وصية والخصم في الوصية انما هو الموصي وهو معلوم
وعنه خلف وهو الوصي او الوارث ولان العتق يشيع بالموت فيهما فصار كل
واحد منهما خصما متعينا ولو شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر قد
قيل لا تقبل لانه ليس بوصية وقد قيل تقبل بالشيوع والله اعلم

باب الحلف بالعتق

ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك
فاشترى مملوكا ثم دخل الدار عتق لان قوله يومئذ تقديره يوم اذ دخلت
الدار الا انه اسقط الفعل وعوضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول
وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقي على ملكه حتى دخل عتق لما بينا ولو لم يقل
في يمينه يومئذ لم يعتق لان قوله كل مملوك لي للحال والجزاء حرية المملوك
في الحال الا انه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر الى وجود الشرط فيعتق اذا بقي
على ملكه الى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد اليمين ومن قال كل مملوك
لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذا اذا ولدت لستة اشهر
فصاعدا ظاهر لان اللفظ للحال وفي قيام الحمل وقت اليمين احتمال لوجوده اقل
مدة الحمل بعده وكذا اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لان اللفظة تتناول المملوك
المطلق والجنين مملوك تبعا للام لا مقصودا ولانه عضو من وجه واسم المملوك
يتناول الانفس دون الاعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا قال رض وفائدة
التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي تدخل الحامل فيدخل الحمل
تبعا لها وان قال كل مملوك لي املكه حر بعد غد او قال كل مملوك لي فهو حر بعد
غد وله مملوك فاشترى اخر ثم جاء بعد غد عتق الذي في ملكه يوم حلف لان
قوله املكه للحال حقيقة يقال انا املك كذا وكذا ويراد به الحال وكذا يستعمل له

من غير قرينة وفي الاستقبال بقرينة سين أو سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافاً إلى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي وله مملوك فاشترى مملوكاً آخر فالذي كان عنده وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر وإن مات عتقا من الثلث وقال أبو يوسف في النوادر يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه وعلى هذا إذا قال كل مملوك لي إذا مت فهو حر له أن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبراً دون الآخر ولهما أن هذا إيجاب عتق وإيصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا يعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لأولاد فلان من يولد له بعدها والإيجاب إنما يصح مضافاً إلى الملك أو إلى سببه فمن حيث إنه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتباراً للحالة الراهنة فيصير مدبراً حتى لا يجوز بيعه ومن حيث إنه إيصاء يتناول الذي يشتريه اعتباراً للحالة المتربصة وهي حالة الموت وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك لي أو كل مملوك أملكه فهو حر بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لأنه تصرف واحد وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء والحالة محض استقبال فافترقا ولا يقال إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال لأنا نقول نعم ولكن بسببين مختلفين إيجاب عتق ووصية وإنما لا يجوز ذلك بسبب واحد والله أعلم

باب العتق على جعل

ومن أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم وإنما يعتق بقبوله لأنه معاوضة المال بغير المال إذ العبد لا يملك نفسه ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع فإذا قبل صار حراً وما شرط دين عليه حتى تصح الكفالة به بخلاف بدل الكتابة لأنه ثبت مع المنافي وهو قيام الرق على ما عرف وإطلاق لفظ المال ينتظم أنواعه من النقد والعرض والحيوان وإن كان بغير عينه لأنه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وكذا الطعام والمكيل والموزون إذا كان معلوم الجنس ولا تضره جهالة الوصف لأنها يسيرة قال ولو علق عتقه بأداء المال صح وصار مأذوناً وذلك مثل أن يقول إن أديت إلي ألف درهم فأنت حر ومعنى قوله صح أنه يعتق عند الأداء من غير أن يصير مكاتباً لأنه صريح في تعليق العتق بالأداء وإن كان فيه معنى المعاوضة في الانتهاء على ما نبينه وإنما صار مأذوناً لأنه رغبه في الاكتساب بطلبه الأداء منه ومراده التجارة دون التكدي

فكان إذناً له دلالة فإن أحضر المال أجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الإجبار فيه وفي سائر الحقوق أنه ينزل قابضاً بالتخلية وقال زفر رحمه الله لا يجبر على القبول وهو القياس لأنه تصرف يمين إذ هو تعليق العتق بالشرط لفظاً ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ولا جبر على المباشرة في شروط الأيمان لأنه لا استحقاق قبل وجود الشرط بخلاف الكتابة لأنها معاوضة والبدل فيها واجب ولنا أنه تعليق نظراً إلى اللفظ ومعاوضة نظراً إلى المقصود لأنه ما علق عتقه بالأداء إلا ليحثه على دفع المال فينال العبد شرف الحرية والمولى المال بمقابلته بمنزلة الكتابة ولهذا كان عوضاً في الطلاق في مثل هذا اللفظ حتى كان بائناً فجعلناه تعليقاً في الابتداء عملاً باللفظ ودفعاً للضرر عن المولى حتى لا يمتنع عليه بيعه ولا يكون العبد أحق بمكاسبه ولا يسري إلى الولد المولود قبل الأداء وجعلناه معاوضة في الانتهاء عند الأداء دفعاً للغرر عن العبد حتى يجبر المولى على القبول فعلى هذا يدور الفقه وتخرج المسائل ونظيره الهبة بشرط العوض ولو أدى البعض يجبر على القبول إلا أنه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط كما إذا حط البعض وأدى الباقي ثم لو أدى ألفاً اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق لاستحقاقها ولو كان اكتسبها بعده لم يرجع عليه لأنه مأذون من جهته بالأداء منه ثم الأداء في قوله إن أديت يقتصر على المجلس لأنه تخيير وفي قوله إذا أديت لا يقتصر لأن إذا تستعمل للوقت بمنزلة متى ومن قال لعبده أنت حر بعد موتي على ألف درهم فالقبول بعد الموت لإضافة الإيجاب إلى ما بعد الموت فصار كما إذا قال أنت حر غداً بألف درهم بخلاف ما إذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول إليه في الحال لأن إيجاب التدبير في الحال إلا أنه لا يجب المال لقيام الرق قالوا لا يعتق في مسألة الكتاب وإن قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لأن الميت ليس بأهل للإعتاق وهذا صحيح قال ومن أعتق عبده على خدمته أربع سنين فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد عليه قيمة خدمته أربع سنين أما العتق فلأنه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضاً فيتعلق العتق بالقبول وقد وجد ولزمه خدمة أربع سنين لأنه يصلح عوضاً فصار كما إذا أعتقه على ألف درهم ثم إذا مات العبد فالخلافية فيه بناء على خلافية أخرى وهي أن من باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية أو هلكت يرجع المولى على العبد بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عنده وهي معروفة ووجه البناء أنه كما يتعذر تسليم الجارية بالهلاك والاستحقاق يتعذر الوصول إلى الخدمة بموت العبد وكذا بموت المولى فصار نظيرها ومن قال لآخر أعتق أمتك

على الف درهم على فيصل الى مولاه ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما اذا قال العبد اعتق
امرأتي على الف درهم على فيصل يجب الالف على الامر لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق
جائز وفي العتاق لا يجوز وقد قررناه من قبل ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم
والمسئلة بحالها قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الامر وما اصاب
المهر بطل عنه لانه لما قال عني تضمن الشرا اقتضاء على ما عرف واذا كان كذلك فقد قابل
الالف بالرقبة شرا وبالبضع نكاحا فانقسم عليهما ووجبت حصة ما سلم له وهو الرقبة
وبطل عنه ما لم يسلم له وهو البضع فلو زوجت نفسها منه ما لم يذكر وجعله انما اصاب
قيمتها سقط في الوجه الاول وهو للمولى في الوجه الثاني وما اصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين

باب التدبير

واذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك
فقد صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير فانه اثبات العتق عن دبر ثم لا يجوز
بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي رح يجوز
لانه تعليق العتق بالشرط فلا يمتنع به البيع والهبة كما في سائر التعليقات وكما في المدبر
المقيد ولان التدبير وصية وهي غير مانعة من ذلك ولنا قوله عليه السلام المدبر لا يباع
ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث ولانه سبب الحرية لان الحرية تثبت بعد الموت
ولا سبب غيره ثم جعل سببا في الحال اولى لوجوده في الحال وعدمه بعد الموت
ولان ما بعد الموت حال بطلان اهلية التصرف فلا يمكن تأخير السببية الى زمان
بطلان الاهلية بخلاف سائر التعليقات لان المانع من السببية قائم قبل الشرط لانه يمين
واليمين مانع والمنع هو المقصود وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق فامكن تأخير
السببية الى زمان الشرط لقيام الاهلية عنده فافترقا ولانه وصية والوصية خلافة
في الحال كالوراثة وابطال السبب لا يجوز وفي البيع وما يضاهيه ذلك وللمولى
ان يستخدمه ويواجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها لان الملك فيه ثابت له وبه
تستفاد ولاية هذه التصرفات فاذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا ولان
التدبير وصية لانه تبرع مضاف الى وقت الموت والحكم غير ثابت في الحال فينفذ من الثلث
حتى لو لم يكن له مال غيره يسعى في ثلثيه وان كان على المولى دين يسعى في كل قيمته
لتقدم الدين على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب رد قيمته وولد المدبرة
مدبر وعلى ذلك نقل اجماع الصحابة رض وان علق التدبير بموته على صفة مثل
ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السبب
لم ينعقد في الحال للتردد في تلك الصفة بخلاف المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق
موته وهو كائن لا محالة فان مات المولى على الصفة التي ذكرها عتق كما يعتق المدبر معناه من الثلث
لانه ثبت حكم التدبير في اخر جزء من اجزاء حياته لتحقق تلك الصفة فيه فلهذا يعتبر من
الثلث ومن المقيد ان يقول ان مت الى سنة او عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة
ومثله لا يعيش اليه في الغالب لانه كالكائن لا محالة والله تعالى اعلم بالصواب

باب الاستيلاد

اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا تمليكها لقوله عليه السلام اعتقها
ولدها اخبر عن اعتاقها فيثبت بعض مواجبه وهو حرمة البيع ولان الجزئية قد حصلت
بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز على ما عرف
في حرمة المصاهرة الا ان بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فاوجب
حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا
الحرية تثبت في حقهم لا في حقهن حتى اذا ملكت الحرة زوجها وقد ولدت منه لم يعتق
بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية في الحال فيمتنع جواز البيع واخراجها
لا الى الحرية في الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد
لا يتجزى فانه فرع النسب فيعتبر باصله قال وله وطئها واستخدامها واجارتها وتزويجها
لان الملك فيها قائم فاشبهت المدبرة ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وقال الشافعي
يثبت نسبه منه وان لم يدع لانه لما ثبت النسب بالعقد فلان يثبت بالوطي وانه اكثر
افضاء اليه اولى ولنا ان وطئ الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عنه
فلا بد من الدعوة بمنزلة ملك اليمين من غير وطي بخلاف العقد لان الولد يتعين مقصودا
منه فلا حاجة الى الدعوة فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار معناه بعد الاعتراف
منه بالولد الاول لانه بدعوى الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا كالمعقودة
الا انه اذا نفاه ينتفي بقوله لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة
حيث لا ينتفي الولد بنفيه الا باللعان لتأكد الفراش حتى لا يملك ابطاله بالتزويج
وهذا الذي ذكرنا حكم فاما الديانة فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه
ان يعترف به ويدعي لان الظاهر ان الولد منه وان عزل عنها او لم يحصنها جاز له ان ينفيه
لان هذا الظاهر يقابله ظاهر اخر هكذا روي عن ابي حنيفة رح وفيه روايتان اخريان عن
ابي يوسف رح وعن محمد ذكرناهما في كفاية المنتهي فان زوجها فجاءت بولد فهو في حكم امه
لان حق الحرية يسري الى الولد كالتدبير الا ترى ان ولد الحرة حر وولد القنة قن والنسب
يثبت من الزوج لان الفراش له وان كان النكاح فاسدا اذ الفاسد ملحق بالصحيح في حق
الاحكام ولو ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من غيره ويعتق الولد

ويصير امة ام ولد له لاقراره واذا مات المولى عتقت من جميع المال لحديث سعيد بن المسيب رض
ان النبي عم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا يجعلن من الثلث ولان الحاجة
الى الولد اصلية على حق الورثة كالدين والتجهيز والتكفين بخلاف التدبير لانه وصية بما هو من زوائد
الحوائج ولا سعاية عليها في دين المولى للغرماء لما روينا ولانها ليست بمال متقوم حتى لا تضمن بالغصب
عند ابي حنيفة رح فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص بخلاف المدبر لانه مال متقوم واذا اسلمت
ام ولد النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهي بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية
وقال زفر رح تعتق في الحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى
الاسلام فابى فان اسلم تبقى على حالها له ان ازالة الذل عنها بعدما اسلمت واجبة وذلك
بالبيع او الاعتاق وقد تعذر البيع فتعين الاعتاق ولنا ان النظر من الجانبين في جعلها
مكاتبة لانه يندفع الذل عنها بصيرورتها حرة يدا والضرر عن الذمي لانبعاثها
على الكسب نيلا لشرف الحرية فيصل الذمي الى بدل ملكه اما لو اعتقت وهي مفلسة تتوانى
في الكسب ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما يعتقد ولانها ان لم
تكن متقومة فهي محترمة وهذا يكفي لوجوب الضمان كما في القصاص المشترك اذا عفا
احد الاولياء يجب المال للباقين ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها ام ولد له ولو
عجزت في حياته لا ترد قنة لانها لو ردت قنة اعيدت مكاتبة لقيام الموجب ومن
استولد امة غيره بنكاح ثم ملكها صارت ام ولد له وقال الشافعي لا تصير ام ولد له
ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا وله فيه قولان وهو
ولد المغرور له انها علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا علقت من الزنا ثم ملكها
الزاني وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة
والجزء لا يخالف الكل ولنا ان السبب هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل والجزئية انما تثبت بينهما
بنسبة الولد الواحد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بهذه
الواسطة بخلاف الزنا لانه لا نسب فيه للولد الى الزاني وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه
حقيقة بغير واسطة نظيره من اشترى اخاه من الزنا لا يعتق لانه ينسب اليه بواسطة نسبته
الى الاب وهي غير ثابتة واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه وصارت
ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في
كتاب النكاح من هذا الكتاب وانما لا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حر الاصل لاستناد
الملك الى ما قبل الاستيلاد وان وطئ اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب منه لانه لا ولاية
للجد حال قيام الاب ولو كان الاب ميتا ثبت النسب من الجد كما يثبت من الاب لظهور ولايته
عند فقد الاب وكفر الاب ورقه بمنزلة موته لانه قاطع للولاية ولو كانت الجارية

بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه لانه لما ثبت النسب في نصفه
لمصادفته ملكه ثبت في الباقي ضرورة انه لا يتجزى لما ان سببه لا يتجزى وهو العلوق
اذ الولد الواحد لا يتعلق من مائين وصارت ام ولد له لان الاستيلاد لا يتجزى عندهما
وعند ابي حنيفة رح يصير نصيبه ام ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للملك
ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف
عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ الملك يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه
بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه
فصار واطئا ملك نفسه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت
العلوق فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك وان ادعاه معا ثبت نسبه منهما معا
اذا حملت على ملكهما وقال الشافعي رح يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين
مع علمنا ان الولد لا يتخلق من مائين متعذر فعملنا بالشبه وقد سر رسول الله عم بقول
القائف في اسامة بن زيد رض ولنا كتاب عمر رض الى شريح في هذه الحادثة لبسا
فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر
من الصحابة رض وعن علي رض مثل ذلك ولانهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان فيه
والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية فما يقبل التجزية يثبت في حقهما
على التجزية وما لا يقبلها يثبت في حق كل واحد منهما كملا كان ليس معه غيره الا اذا كان احد
الشريكين ابا للآخر او كان احدهما مسلما والآخر ذميا لوجود المرجح في حق المسلم
وهو الاسلام وفي حق الاب وهو ما له من الحق في نصيب الابن وسرور النبي عم فيما روي
لان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة رض وكان قول القائف مقطعا لطعنهم فسر به
قال وكانت الامة ام ولد لهما لصحة دعوة كل واحد منهما في نصيبه في الولد فيصير نصيبه منها
ام ولد له تبعا لولدها وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بما له على الآخر ويرث الابن
من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لانه اقر له بميراثه كله وهو حجة في حقه ويرثان منه
ميراث اب واحد لاستوائهما في النسب كما اذا اقاما البينة واذا وطئ المولى جارية مكاتبه
فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب ثبت نسب الولد منه وعن ابي يوسف انه لا يعتبر
تصديقه اعتبارا بالاب يدعي جارية ابنه ووجه الظاهر وهو الفرق ان المولى
لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه حتى لا يتملكه والاب يملك تملكه فلا معتبر بتصديق الابن
قال وعليه عقرها لانه لا يتقدمه الملك لان ما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد لما ذكرنا
قال وعليه قيمة ولدها لانه في معنى المغرور حيث انه اعتمد دليلا وهو انه كسب كسبه
فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه ولا تصير الجارية ام ولد له لانه

لأنه ما ملك إلا رقبتها حقيقة كما في ولد المغرور وإن كذبه المكاتب في النسب لم يثبت لما بينا أنه لا بد
من تصديقه فلو ملكه يوما ثبت نسبه منه لقيام الموجب وزوال حق المكاتب هو المانع والله أعلم

كتاب الأيمان

قال الأيمان على ثلاثة أضرب اليمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف
على أمر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها لقوله عم من حلف كاذبا أدخله
الله النار ولا كفارة فيها إلا التوبة والاستغفار وقال الشافعي رح فيها الكفارة
لأنها شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله كاذبا
فأشبه المعقودة ولنا أنها كبيرة محضة والكفارة عبادة حتى تتأدى بالصوم ويشترط
فيها النية فلا تناط بها بخلاف المعقودة لأنها مباحة ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق
باختيار مبتدأ وما في الغموس ملازم فيمتنع الإلحاق والمنعقدة هو الحلف على الأمر في المستقبل
مثل أن يفعل أو لا يفعل فإذا حنث في ذلك لزمته الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما
عقدتم الأيمان وهو ما ذكرنا واليمين اللغو أن يحلف على أمر ماض وهو يظن أنه كما قال
والأمر بخلافه فهذه اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله تعالى بها صاحبها ومن اللغو أن يقول
والله إنه لزيد وهو يظنه زيدا وإنما هو عمرو والأصل فيه قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو
في أيمانكم الآية إلا أنه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره قال والقاصد في اليمين والمكره والناسي
سواء حتى تجب الكفارة لقوله عم ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين
والشافعي رح يخالفنا في ذلك وسنبين ذلك في الإكراه إن شاء الله تعالى ومن فعل المحلوف
عليه مكرها أو ناسيا فهو سواء لأن الفعل الحقيقي لا ينعدم بالإكراه وهو الشرط وكذا إذا فعله
وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار
على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب والله أعلم

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قال واليمين بالله تعالى أو باسم آخر من أسماء الله تعالى كالرحمن والرحيم أو بصفة من صفات
ذاته التي يحلف بها عرفا كعزة الله وجلاله وكبريائه لأن الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة
حاصل لأنه يعتقد تعظيم الله وصفاته فصلح ذكره حاملا ومانعا قال إلا قوله وعلم الله
فإنه لا يكون يمينا لأنه غير متعارف ولأنه يذكر ويراد به المعلوم يقال اللهم اغفر علمك فينا
أي معلومك ولو قال وغضب الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله لأن الحلف بها
غير متعارف ولأن الرحمة قد يراد بها أثرها وهو المطر أو الجنة والغضب والسخط يذكر و
يراد بهما العقوبة ومن حلف بغير الله لم يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله عم من كان منكم
حالفا فليحلف بالله أو ليذر وكذا إذا حلف بالقرآن لأنه غير متعارف قال رض معناه أن يقول
والنبي والقرآن أما لو قال أنا بريء منه يكون يمينا لأن التبري منها كفر والحلف بحرف

القسم وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله
لأن كل ذلك معهود في الأيمان ومذكور في القرآن وقد يضمر حرف القسم فيكون حالفا
كقوله الله لا أفعل كذا لأن حذف الحرف من عادة العرب إيجازا ثم قيل ينصب لانتزاع
حرف الخافض وقيل يخفض لتكون الكسرة دالة على المحذوف وكذا إذا قال لله في المختار لأن الباء
تبدل بها قال الله تعالى آمنتم له أي آمنتم به وقال أبو حنيفة إذا قال وحق الله فليس بحالف وهو قول
محمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رح وعنه رواية أخرى أنه يكون يمينا لأن الحق من صفات
الله تعالى وهو حقيته فصار كأنه قال والله الحق والحلف به متعارف ولهما أنه يراد به طاعة
الله إذ الطاعات حقوقه فيكون حلفا بغير الله قالوا لو قال والحق يكون يمينا ولو قال حقا
لا يكون يمينا لأن الحق من أسماء الله تعالى والمنكر يراد به تحقيق الوعد ولو قال أقسم أو أقسم
بالله أو أحلف أو أحلف بالله أو أشهد أو أشهد بالله فهو حالف لأن هذه الألفاظ مستعملة
في الحلف وهذه الصيغة للحال حقيقة وتستعمل للاستقبال بقرينة فجعل حالفا
في الحال والشهادة يمين قال الله تعالى قالوا نشهد إنك لرسول الله ثم قال اتخذوا أيمانهم
جنة والحلف بالله هو المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف إليه ولهذا قيل لا يحتاج
إلى النية وقيل لا بد منها لاحتمال العدة واليمين بغير الله ولو قال بالفارسية سوكند مي
خورم بخداي يكون يمينا لأنه للحال ولو قال سوكند خورم لا يكون يمينا ولو قال سوكند
خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف قال وكذا قوله لعمر الله وايم الله لأن عمر الله
بقاء الله وايم الله معناه أيمن الله وهو جمع يمين وقيل معناه والله وايم صلة كالواو
والحلف باللفظين متعارف وكذا قوله وعهد الله وميثاقه لأن العهد يمين قال الله تعالى
وأوفوا بعهد الله والميثاق عبارة عن العهد وكذا إذا قال علي نذر أو نذر الله لقوله عم من نذر
نذرا ولم يسم فعليه كفارة يمين وإن قال إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أو كافر
يكون يمينا لأنه لما جعل الشرط علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد أمكن القول
بوجوبه لغيره بجعله يمينا كما نقول في تحريم الحلال ولو قال ذلك لشيء قد فعله فهو الغموس
ولا يكفر اعتبارا بالمستقبل وقيل يكفر لأنه تنجيز معنى فصار كما إذا قال هو يهودي والصحيح
أنه لا يكفر فيهما إن كان يعلم أنه يمين وإن كان عنده أنه يكفر بالحلف يكفر فيهما لأنه رضي بالكفر
حيث أقدم على الفعل وإن قال إن فعلت كذا فعلي غضب الله أو سخط الله فليس بحالف
لأنه دعاء على نفسه ولا يتعلق ذلك بالشرط ولأنه غير متعارف وكذا إذا قال إن فعلت
كذا فأنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا لأن حرمة هذه الأشياء تحتمل النسخ
والتبديل فلم تكن في معنى حرمة الاسم ولأنه ليس بمتعارف والله أعلم

فصل في الكفارة

قال وكفارة اليمين عتق رقبة يجزئ فيها ما يجزئ في الظهار وإن شاء كسا

عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد وادناه ما يجوز فيه الصلاة وان شاء اطعم عشرة مساكين
كالاطعام في كفارة الظهار والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الآية
وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشياء الثلثة قال فان لم يقدر على احد هذه الاشياء
الثلثة صام ثلثة ايام متتابعات وقال الشافعي رح يخير اعتبارا بالمطلق ولنا قراءة ابن مسعود رض
فصيام ثلثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور ثم المذكور في الكتاب بيان ادنى الكسوة
مروي عن محمد رح وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح ان ادناه ما يستر عامة بدنه حتى لا يجوز السراويل
وهو الصحيح لان لابسه يسمى عريانا في العرف لكن ما لا يجزيه عن الكسوة يجزيه عن
الطعام باعتبار القيمة وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي رح يجزيه بالمال
لانه اداها بعد السبب وهو اليمين فاشبه التكفير بعد الجرح ولنا ان الكفارة لستر
الجناية ولا جناية واليمين ليست بسبب لانه مانع غير مفض بخلاف الجرح لانه مفض ثم لا
يسترد من المسكين لوقوعه صدقة ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن
فلانا ينبغي ان يحنث ويكفر عن يمينه لقوله عم من حلف على يمين وراى غيرها خيرا منها
فليات الذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه ولان فيما قلنا تفويت البر الى جابر وهو الكفارة
ولا جابر للمعصية في ضده واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد اسلامه فلا حنث
عليه لانه ليس باهل اليمين لانها تعقد لتعظيم الله تعالى ومع الكفر لا يكون معظما ولا هو اهل
الكفارة لانها عبادة ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين
وقال الشافعي رح لا كفارة عليه لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو
اليمين ولنا ان اللفظ ينبئ عن اثبات الحرمة وقد امكن اعماله بثبوت الحرمة لغيره باثبات
موجب اليمين فيصار اليه ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى
من الاستباحة المذكورة لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه ولو قال كل حل علي حرام
فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك والقياس ان يحنث كما فرغ من اليمين لانه باشر
فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه وهذا قول زفر رح ووجه الاستحسان ان المقصود وهو البر
لا يحصل مع اعتبار العموم واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه
يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المراة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم واذا نواها
كان ايلاء ولا تصرف اليمين عن الماكول والمشروب وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا قالوا يقع
به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام
للعرف واختلفوا في قوله هرجه بدست راست كيرم بروي حرام انه هل تشترط النية
والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف ومن نذر نذرا مطلقا فعليه الوفاء لقوله عم
من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر

لاطلاق الحديث ولان المعلق بالشرط كالمنجز عنده وعن ابي حنيفة رح انه رجع عنه وقال
اذا قال ان فعلت كذا فعلي حجة او صوم سنة او صدقة ما املكه اجزاه من ذلك كفارة يمين
وهو قول محمد رح ويخرج عن العهدة بالوفاء بما سمى ايضا وهذا اذا كان شرطا لا يريد كونه
لان فيه معنى اليمين وهو المنع وهو بظاهره نذر فيتخير ويميل الى اي الجهتين شاء
بخلاف ما اذا كان شرطا يريد كونه كقوله ان شفى الله مريضي لانعدام معنى اليمين فيه وهو المنع
وهذا التفصيل هو الصحيح قال ومن حلف على يمين وقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث
عليه لقوله عم من حلف على يمين وقال ان شاء الله تعالى فقد بر في يمينه الا انه لا بد من الاتصال
لانه بعد الفراغ رجوع ولا رجوع في اليمين والله اعلم

باب اليمين في الدخول والسكنى

قال ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم يحنث لان
البيت ما اعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة
باب الدار لما ذكرنا والظلة ما تكون على السكة وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو اغلق الباب
يبقى داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة وان دخل صفة حنث لانها تبنى للبيتوتة
فيها في بعض الاوقات فصار كالشتوي والصيفي وقيل اذا كانت الصفة ذات حوائط
اربعة وهكذا كانت صفافهم وقيل الجواب يجري على اطلاقه وهو الصحيح ومن حلف لا يدخل
دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت
صحراء حنث لان الدار اسم للعرصة عند العرب والعجم يقال دار عامرة ودار غامرة وقد
شهدت اشعار العرب بذلك والبناء وصف فيها غير ان الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب
معتبر ولو حلف لا يدخل هذه الدار فخربت الدار ثم بنيت دارا اخرى فدخلها يحنث لما ذكرنا
ان الاسم باق بعد الانهدام وان جعلت مسجدا او حماما او بستانا او بنيت بيتا فدخله
لم يحنث لانها لم تبق دارا لاعتراض اسم اخر عليه وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه
لانه لا يعود اسم الدار به وان حلف لا يدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء
لم يحنث لزوال اسم البيت فانه لا يبات فيه حتى لو بقيت الحيطان وسقط السقف يحنث لانه
يبات فيه والسقف وصف فيه وكذا اذا بني بيتا اخر فدخله لان الاسم لم يبق بعد الانهدام
قال ومن حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها حنث لان السطح من الدار الا ترى ان المعتكف
لا يفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد وقيل في عرفنا لا يحنث وهو اختيار الفقيه
ابي الليث قال رح وكذا اذا دخل دهليزها يحنث ويجب ان يكون على التفصيل الذي
تقدم وان وقف في طاق الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث لان الباب لاحراز
الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الدار ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث
بالقعود حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس ان يحنث لان الدوام له حكم الابتداء

وجه الاستحسان أن الدخول لا دوام له لأنه انفصال من الخارج إلى الداخل ولو حلف لا يلبس هذا
الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا لو حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها
فنزل من ساعته أو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فأخذ في النقلة من ساعته لم يحنث
وقال زفر يحنث لوجود الشرط وإن قل ولنا أن اليمين تعقد للبر فيستثنى منه زمان تحقيقه فإن
لبث على حاله ساعة حنث لأن هذه الأفعال لها دوام بحدوث أمثالها ألا ترى أنه يضرب لها
مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول لأنه لا يقال دخلت يوما بمعنى المدة والتوقيت
ولو نوى الابتداء الخالص يصدق لأنه محتمل كلامه ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه
ومتاعه وأهله فيها ولم يرد الرجوع إليها حنث لأنه يعد ساكنا ببقاء أهله ومتاعه فيها عرفا
فإن السوقي عامة نهاره في السوق ويقول أسكن سكة كذا والبيت والمحلة بمنزلة الدار
ولو كان اليمين على المصر لا يتوقف البر على نقل المتاع والأهل فيما روي عن أبي يوسف لأنه لا يعد
ساكنا في الذي انتقل عنه عرفا بخلاف الأول والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب
ثم قال أبو حنيفة لا بد من نقل المتاع كله حتى لو بقي وتد حنث لأن السكنى قد ثبت بالكل
فيبقى ما بقي شيء منه وقال أبو يوسف يعتبر نقل الأكثر لأن نقل الكل قد يتعذر وقال محمد
يعتبر نقل ما يقوم كذخدائيته لأن ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا أحسن وأرفق
بالناس وينبغي أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير حتى يبر فإن انتقل إلى السكة أو إلى المسجد
قالوا لا يبر دليله في الزيادات أن من خرج بعياله من مصره فما لم يتخذ وطنا
آخر يبقى وطنه الأول في حق الصلاة كذا هذا والله تعالى أعلم بالصواب

باب اليمين في الخروج والإتيان والركوب وغير ذلك

قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فأمر إنسانا فحمله وأخرجه حنث لأن فعل المأمور مضاف
إلى الآمر فصار كما إذا ركب دابة فخرجت ولو أخرجه مكرها لم يحنث لأن الفعل لم ينتقل إليه
لعدم الأمر ولو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث في الصحيح لأن الانتقال بالأمر لا بمجرد الرضا
ولو حلف لا يخرج من داره إلا إلى جنازة فخرج إليها ثم أتى إلى حاجة أخرى لم يحنث لأن
الموجود خروج مستثنى والمضي بعد ذلك ليس بخروج ولو حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريدها
ثم رجع حنث لوجود الخروج على قصد مكة وهو الشرط إذ الخروج هو الانفصال من الداخل
إلى الخارج ولو حلف لا يأتيها لم يحنث حتى يدخلها لأنه عبارة عن الوصول قال الله تعالى
فأتيا فرعون فقولا ولو حلف لا يذهب إليها قيل هو كالإتيان وقيل كالخروج وهو الأصح
عن الزوال ولو حلف ليأتين البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من أجزاء
حياته لأن البر قبل ذلك مرجو ولو حلف ليأتينه غدا إن استطاع فهذا على
استطاعة الصحة دون القدرة وفسره في الجامع الصغير فقال إذا لم يمرض ولم

يمنعه السلطان ولم يجئ أمر لا يقدر على إتيانه فلم يأته حنث وإن عنى استطاعة القضاء
دين فيما بينه وبين الله تعالى وهذا لأن حقيقة الاستطاعة فيما يقارن الفعل
ويطلق الاسم على سلامة الآلات وصحة الأسباب في المتعارف فعند الإطلاق ينصرف إليه ويصح
نية الأول ديانة لأنه حقيقة كلامه ثم قيل يصح قضاء أيضا لما بينا وقيل لا يصح لأنه
خلاف الظاهر ومن حلف لا تخرج امرأته إلا بإذنه فأذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة
أخرى بغير إذنه حنث ولا بد من الإذن في كل خروج لأن المستثنى خروج مقرون بالإذن
وما وراءه داخل في الحظر العام ولو نوى الإذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه
لكنه خلاف الظاهر ولو قال إلا أن آذن لك فأذن لها مرة واحدة فخرجت ثم خرجت بغير إذنه
لم يحنث لأن هذه كلمة غاية فتنتهي اليمين به كما إذا قال حتى آذن لك ولو أرادت
المرأة الخروج فقال إن خرجت فأنت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وكذلك إذا أراد
رجل ضرب عبده فقال له آخر إن ضربته فعبدي حر فكف عنه ثم ضربه وهذه تسمى يمين
فور وتفرد أبو حنيفة بإظهاره ووجهه أن مراد المتكلم الرد عن تلك الضربة والخرجة عرفا
ومبنى الأيمان عليه ولو قال له رجل اجلس فتغد عندي فقال إن تغديت فعبدي حر فخرج
فرجع إلى منزله فتغدى لم يحنث لأن كلامه خرج مخرج الجواب فينطبق على السؤال فينصرف
إلى الغداء المدعو إليه بخلاف ما إذا قال إن تغديت اليوم لأنه زاد على حرف الجواب فيجعل
مبتدئا ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له مديون أو غير مديون
لم يحنث عند أبي حنيفة إلا إذا كان عليه دين لم يحنث ما لم ينوه لأن الملك فيه للمولى لكنه
يضاف إلى العبد عرفا وكذا شرعا لقوله عليه السلام من باع عبدا وله مال الحديث فيختل
الإضافة إلى المولى فلا بد من النية وقال أبو يوسف في الوجوه كلها يحنث إذا نواه لاختلال
الإضافة وقال محمد يحنث وإن لم ينوه لاعتبار حقيقة الملك إذ الدين لا يمنع وقوعه للسيد
عندهما والله أعلم

باب اليمين في الأكل والشرب

قال ومن حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على
ثمرها لأنه أضاف اليمين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه لأنه سبب له فيصلح مجازا عنه
لكن الشرط أن لا يتغير بصنعة جديدة حتى لا يحنث بالنبيذ والخل والدبس المطبوخ
وإن حلف لا يأكل من هذا البسر فصار رطبا فأكله لم يحنث وكذا إذا حلف لا يأكل من هذا الرطب
أو من هذا اللبن فصار تمرا أو اللبن شيرازا لأن صفة البسورة والرطوبة
داعية إلى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به ولأن اللبن مأكول فلا ينصرف اليمين إلى ما يتخذ
منه بخلاف ما إذا حلف لا يكلم هذا الصبي أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ حنث لأن
هجران المسلم بمنع الكلام منهي عنه فلم يعتبر الداعي في الشرع ولو حلف لا يأكل لحم هذا
الحمل فأكل بعد ما صار كبشا حنث لأن صفة الصغر في هذا ليست بداعية إلى اليمين

فان الممتنع عنه اكثر امتناعا عن لحم الكبش ومن حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا لا يحنث لان الرطب ليس ببسر
ومن حلف لا ياكل رطبا او بسرا او حلف لا ياكل رطبا ولا بسرا فاكل مذنبا حنث عند ابي حنيفة
وقالا لا يحنث في الرطب بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب لان الرطب المذنب يسمى رطبا
والبسر المذنب يسمى بسرا فصار كما اذا كان اليمين على الشراء وله ان الرطب المذنب ما يكون في ذنبه
قليل بسر والبسر المذنب على عكسه فيكون آكله آكل البسر والرطب وكل واحد مقصود في الاكل بخلاف
الشراء لانه يصادف الجملة فيتبع القليل فيه الكثير ولو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة
بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء يصادف الجملة والمغلوب تابع ولو كان اليمين على الاكل يحنث
لان الاكل يصادفه شيئا فشيئا فكان كل منه مقصودا وصار كما اذا حلف لا يشتري شعيرا
او لا ياكله فاشترى حنطة فيها حبات شعير واكلها يحنث في الاكل دون الشراء لما قلنا ولو
حلف لا ياكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث لانه يسمى لحما في القران وجه الاستحسان
ان التسمية مجازية لان اللحم منشاه من الدم ولا دم فيه لسكونه في الماء وان اكل لحم خنزير
او انسان يحنث لانه لحم حقيقة الا انه حرام واليمين قد تعقد للمنع من الحرام وكذا اذا اكل
كبدا او كرشا لانه لحم حقيقة فان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم وقيل في عرفنا لا يحنث
لانه لا يعد لحما ولو حلف لا ياكل او لا يشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة
وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار
وله انه لحم حقيقة الا ترى انه ينشا من الدم ويستعمل استعماله وتحصل به قوته ولهذا
يحنث باكله في اليمين على اكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين على بيع الشحم وقيل هذا
بالعربية فاما اسم پيه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال ولو حلف لا ياكل او لا يشتري
شحما او لحما فاشترى الية او اكلها لا يحنث لانه نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم
والشحوم ولو حلف لا ياكل من هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو اكل من خبزها لم يحنث
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان اكل خبزها حنث ايضا لانه مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة
ان له حقيقة مستعملة فانها تغلى وتقلى وتوكل قضما وهي قاضية على المجاز المتعارف
على ما هو الاصل عنده ولو قضمها حنث عندهما هو الصحيح لعموم المجاز كما اذا حلف
لا يضع قدمه في دار فلان واليه الاشارة بقوله في الكتاب حنث ايضا ولو حلف
لا ياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث لان عينه غير ماكول فانصرف الى ما يتخذ
منه ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح لتعين المجاز مرادا ولو حلف لا ياكل خبزا
فيمينه على ما يعتاده اهل المصر اكله خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه هو المعتاد
في غالب البلدان ولو اكل من خبز القطائف او خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه لا يسمى
خبزا مطلقا الا اذا نواه لانه محتمله ولو اكل خبز الارز بالعراق لم يحنث لانه غير معتاد

عندهم حتى لو كان بطبرستان او في بلد طعامهم ذلك يحنث ولو حلف لا ياكل الشواء
فهو على اللحم دون الباذنجان والجزر لانه يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق الا ان ينوي
ما يشوى من بيض وغيره لمكان الحقيقة وان حلف لا ياكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم
وهذا استحسان اعتبارا للعرف وهذا لان التعميم متعذر فيصرف الى خاص هو متعارف
وهو اللحم المطبوخ بالماء الا اذا نوى غير ذلك لان فيه تشديدا وان اكل من مرقه يحنث
لما فيه من اجزاء اللحم ولانه يسمى طبيخا ومن حلف لا ياكل الرؤس فيمينه على ما يكبس في
التنانير ويباع في المصر ويقال يكبس وفي الجامع الصغير لو حلف لا ياكل رأسا
فهو على رؤس البقر والغنم عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رح على رؤس الغنم
خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمانه فيهما وفي زمنهما في الغنم
خاصة وفي زماننا يفتى على حسب العادة كما هو المذكور في المختصر واذا حلف
لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا
او بطيخا او مشمشا حنث وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا حنث في العنب والرطب
والرمان ايضا والاصل ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة
على المعتاد والرطب واليابس فيه سواء بعد ان يكون التفكه به معتادا حتى لا يحنث
بيابس البطيخ وهذا المعنى موجود في التفاح واخواتها فيحنث بها وغير موجود
في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا فلا يحنث بهما واما العنب والرطب
والرمان فهما يقولان ان معنى التفكه موجود فيها فانها اعز الفواكه والتنعم بها يفوق
التنعم بغيرها وابو حنيفة رح يقول ان هذه الاشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها
فاوجب قصورا في معنى التفكه للاستعمال في حاجة البقاء ولهذا كان اليابس منها
من التوابل او من الاقوات ولو حلف لا ياتدم فكل شيء اصطبغ به فهو ادام والشواء
ليس بادام والملح ادام وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح ما يؤكل مع
الخبز غالبا فهو ادام لانه موافق له كاللحم والبيض ونحوه ولهما ان الادام ما يؤكل تبعا والتبعية في
الاختلاط حقيقة ليكون قائما به وفي ان لا يؤكل على الانفراد حكما وتمام الموافقة
في الامتزاج ايضا والخل وغيره من المائعات لا يؤكل وحدها بل يشرب والملح
لا يؤكل بانفراده عادة ولانه يذوب فيكون تبعا بخلاف اللحم وما يضاهيه لانه يؤكل
وحده الا ان ينويه لما فيه من التشديد والعنب والبطيخ ليسا بادام هو الصحيح واذا حلف
لا يتغدى فالغداء الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء من صلاة الظهر الى نصف الليل
لان ما بعد الزوال يسمى عشيا ولهذا يسمى الظهر احدى صلاتي العشاء في الحديث والسحور
من نصف الليل الى طلوع الفجر لانه ماخوذ من السحر ويطلق على ما يقرب منه ثم الغداء

والعشاء ما يقصد به الشبع عادة ويعتبر عادة كل أهل بلدة في حقهم ويشترط أن يكون أكثر
من نصف الشبع ومن قال إن لبست أو أكلت أو شربت فعبدي حر وقال عنيت شيئا دون
شيء لم يدين في القضاء وغيره لأن النية إنما تصح في الملفوظ والثوب وما يضاهيه غير مذكور
تنصيصا والمقتضى لا عموم له فلغت نية التخصيص فيه وإن قال إن لبست ثوبا أو أكلت
طعاما أو شربت شرابا لم يدين في القضاء خاصة لأنه نكرة في محل الشرط فتعم فعملت نية التخصيص
فيه إلا أنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء ومن حلف لا يشرب من دجلة فشرب منها بإناء
لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند أبي حنيفة رح وقالا إذا شرب منها بإناء يحنث لأنه المتعارف
المفهوم وله أن كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهي مستعملة ولهذا يحنث بالكرع
إجماعا فمنعت المصير إلى المجاز وإن كان متعارفا فإن حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب
منها بإناء حنث لأنه بعد الاغتراف بقي منسوبا إليه وهو الشرط فصار كما إذا شرب من نهر يأخذ
من دجلة ومن قال إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز
ماء لم يحنث وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رح وقال أبو يوسف يحنث في ذلك كله يعني إذا مضى
اليوم وعلى هذا الخلاف إذا كانت اليمين بالله تعالى وأصله أن من شرط انعقاد اليمين وبقائه
التصور عندهما خلافا لأبي يوسف لأن اليمين إنما تنعقد للبر فلا بد من تصور البر
ليمكن إيجابه وله أنه أمكن القول بانعقاده موجبا للبر على وجه يظهر في حق الخلف
وهو الكفارة قلنا لا بد من تصور الأصل لتنعقد في حق الخلف ولهذا لا تنعقد اليمين
الغموس موجبا للكفارة ولو كانت اليمين مطلقة ففي الوجه الأول لا يحنث
عندهما وعند أبي يوسف رح يحنث في الحال وفي الوجه الثاني يحنث في قولهم جميعا
فأبو يوسف فرق بين المطلق والموقت ووجه الفرق أن التوقيت للتوسعة فلا يجب
الفعل إلا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يجب البر كما فرغ وقد عجز فيحنث
في الحال وهما فرقا بينهما ووجه الفرق أن في المطلق يجب البر كما فرغ فإذا فات البر
بفوات ما عقد عليه اليمين يحنث في يمينه كما إذا مات الحالف والماء باق أما في الموقت
يجب البر في الجزء الأخير من الوقت وعند ذلك لم يبق محلية البر لعدم التصور
فلا يجب البر فيه وتبطل اليمين كما إذا عقده ابتداء في هذه الحالة ومن حلف ليصعدن
السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها وقال زفر رح لا تنعقد
لأنه مستحيل عادة فأشبه المستحيل حقيقة فلا ينعقد ولنا أن البر متصور حقيقة لأن
الصعود إلى السماء ممكن حقيقة ألا ترى أن الملائكة يصعدون السماء وكذا تحول الحجر ذهبا
بتحويل الله تعالى وإذا كان متصورا ينعقد اليمين موجبا لخلفه ثم يحنث بحكم العجز الثابت
عادة كما إذا مات الحالف فإنه يحنث مع احتمال إعادة الحياة بخلاف مسألة الكوز لأن

لأن شرب الماء الذي في الكوز وقت الحلف ولا ماء فيه لا يتصور فلم ينعقد والله تعالى أعلم

باب اليمين في الكلام

ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع إلا أنه نائم حنث لأنه قد كلمه ووصل
إلى سمعه لكنه لم يفهم لنومه فصار كما إذا ناداه وهو بحيث يسمع إلا أنه لم يفهم لتغافله
وفي بعض روايات المبسوط شرط أن يوقظه وعليه مشايخنا رح لأنه إذا لم ينتبه كان كما إذا ناداه
من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته ولو حلف لا يكلمه إلا بإذنه فأذن له ولم يعلم بالإذن
حتى كلمه حنث لأن الإذن مشتق من الأذان الذي هو الإعلام أو من الوقوع في الأذن وكل
ذلك لا يتحقق إلا بالسماع وقال أبو يوسف رح لا يحنث لأن الإذن هو الإطلاق وأنه يتم
بالآذن كالرضا قلنا الرضا من أعمال القلب ولا كذلك الإذن على ما مر وإن حلف لا يكلمه
شهرا فهو من حين حلف لأنه لو لم يذكر الشهر تتأبد اليمين فذكر الشهر لإخراج ما وراءه
فبقي الذي يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله بخلاف ما إذا قال والله لأصومن شهرا
لأنه لو لم يذكر الشهر لم تتأبد اليمين فكان ذلك لتقدير الصوم به وأنه منكر فالتعيين إليه
وإن حلف لا يتكلم فقرأ القرآن في صلاته لم يحنث وإن قرأ في غير صلاته حنث وعلى هذا
التسبيح والتهليل وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي رح لأنه كلام حقيقة ولنا
أنه في الصلاة ليس بكلام عرفا ولا شرعا قال النبي عم إن صلاتنا هذه لا يصلح فيها
شيء من كلام الناس وقيل في عرفنا لا يحنث في غير الصلاة أيضا لأنه لا يسمى متكلما
بل قارئا ومسبحا ولو قال يوم أكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار لأن
اسم اليوم إذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم
يومئذ دبره والكلام لا يمتد وإن عنى النهار خاصة دين في القضاء لأنه مستعمل فيه
أيضا وعن أبي يوسف رح لا يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر ولو قال ليلة أكلم
فلانا فهو على الليل خاصة لأنه حقيقة في سواد الليل كالنهار للبياض خاصة
وما جاء استعماله في مطلق الوقت ولو قال إن كلمت فلانا إلا أن يقدم فلان أو قال
حتى يقدم فلان أو قال إلا أن يأذن فلان أو حتى يأذن فلان فامرأته طالق فكلمه
قبل القدوم وقبل الإذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والإذن لم يحنث لأنه
اسم غاية واليمين باقية قبل الغاية ومنتهية بعدها فلا يحنث بالكلام بعد انتهاء
اليمين وإن مات فلان سقطت اليمين خلافا لأبي يوسف رح لأن الممنوع عنه كلام ينتهي
بالإذن والقدوم ولم يبق بعد الموت متصور الوجود فسقطت اليمين وعنده التصور
ليس بشرط فعند فوته تتأبد اليمين ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو
عبدا بعينه أو امرأة فلان أو صديق فلان فباع فلان عبده أو بانت منه امرأته أو عادى صديقه

فكلمه لم يحنث لانه عقد يمينه على فعل واقع في محل مضاف الى فلان اما اضافة ملك او اضافة
نسبة ولم يوجد فلا يحنث قال رض عنه هذا في اضافة الملك بالاتفاق وفي الاضافة
النسبة عند محمد رح يحنث كالمراة والصديق قال في الزيادات لان هذه الاضافة
للتعريف لان المراة والصديق مقصودان بالهجران فلا يشترط دوامها فيتعلق الحكم بعينه
كما في الاشارة ووجه ما ذكره هاهنا وهو رواية الجامع الصغير انه يحتمل ان يكون غرضه هجرانه
لاجل المضاف اليه ولهذا لم يعينه فلا يحنث بعد زوال الاضافة بالشك وان كانت
يمينه على عبد بعينه بان قال عبد فلان هذا او امراة فلان بعينها او صديق فلان بعينه لم يحنث
في العبد وحنث في المراة والصديق وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يحنث
في العبد ايضا وهو قول زفر رح وان حلف لا يدخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها فهو
على هذا الخلاف وجه قول محمد وزفر رح ان الاضافة للتعريف والاشارة ابلغ منها فيه
لكونها قاطعة للشركة فاعتبرت فلغت الاضافة وصار كالصديق والمراة
ولهما ان الداعي الى اليمين معنى في المضاف اليه لان هذه الاعيان لا تهجر ولا تعادى لذواتها
وكذا العبد لسقوط منزلته بل لمعنى في ملاكها فيتقيد اليمين بحال قيام الملك بخلاف
ما اذا كانت الاضافة اضافة نسبة كالصديق والمراة لانه يعادى لذاته فكانت
الاضافة للتعريف والداعي لمعنى في المضاف اليه غير ظاهر لعدم التعيين بخلاف ما تقدم
وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف
لان الانسان لا يعادى لمعنى في الطيلسان فصار كما اذا اشار اليه ومن حلف لا يكلم هذا
الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث لان الحكم تعلق بالمشار اليه اذ الصفة في الحاضر
لغو وهذه الصفة ليست بداعية الى اليمين على ما مر من قبل

فصل

ومن حلف
لا يكلم حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر لان الحين قد يراد به
الزمان القليل وقد يراد به اربعون سنة قال الله تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر
وقد يراد به ستة اشهر قال الله تعالى تؤتي اكلها كل حين وهذا هو الوسط فينصرف
اليه وهذا لان القليل لا يقصد بالمنع لوجود الامتناع فيه عادة والمؤبد لا يقصد
غالبا لانه بمنزلة الابد ولو سكت عنه يتابد فيتعين ما ذكرناه وكذا الزمان يستعمل
استعمال الحين يقال ما رايتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد وهذا اذا لم تكن له
نية اما اذا نوى شيئا فهو على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه وكذلك الدهر عند ابي يوسف
ومحمد رح وقال ابو حنيفة الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح
اما المعرف بالالف واللام يراد به الابد عرفا لهما ان الدهر يستعمل استعمال الحين
والزمان يقال ما رايتك منذ دهر ومنذ حين بمعنى واحد وابو حنيفة توقف في تقديره

في تقديره لان اللغات لا تدرك قياسا والعرف لم يعرف استمراره لاختلاف في الاستعمال ولو
حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلثة ايام لانه اسم جمع ذكر منكرا فيتناول اقل الجمع وهو الثلث ولو حلف
لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة وقالا ايام الاسبوع ولو حلف لا يكلمه الشهور
فهو على عشرة اشهر عنده وعندهما على اثني عشر شهرا لان اللام للمعهود وهو ما ذكرنا
لانه يدور عليها وله انه جمع معرف بلفظة الجمع وذلك عشرة فينصرف الى اقصى ما يذكر
بلفظ الجمع وذلك عشرة وكذا الجواب عنده في الجمع والسنين وعندهما ينصرف الى العمر
لانه لا معهود دونه ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر فالايام الكثيرة عند
ابي حنيفة رح عشرة ايام لانه اكثر ما يتناوله اسم الايام وقالا سبعة ايام لان ما زاد عليها
تكرار وقيل لو كان اليمين بالفارسية ينصرف الى سبعة ايام لانه يذكر فيه بلفظ الفرد دون الجمع

باب اليمين في العتق والطلاق

ومن قال لامراته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذلك اذا قال
لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة لان الموجود مولود فيكون ولدا حقيقة ويسمى به في العرف
ويعتبر ولدا في الشرع حتى تنقضي به العدة والدم بعده نفاس وامه ام ولد فيتحقق الشرط
وهو ولادة الولد ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق
الحي وحده عند ابي حنيفة رح وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت
على ما بينا فتنحل اليمين لا الى جزاء اذ الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء ولابي حنيفة رح
ان مطلق اسم الولد مقيد بوصف الحيوة لانه قصد اثبات الحرية جزاء وهي قوة حكمية
تظهر في دفع تسلط الغير ولا تثبت في الميت فيتقيد بوصف الحيوة كما اذا قال اذا ولدت
ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق وحرية الام لانه لا يصلح مقيدا واذا قال اول عبد اشتريه فهو
حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فان اشترى عبدين معا ثم آخر لم يعتق
واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسبق في الثالث فانعدمت الاولية فان كان
قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشراء
لان وحده للحال لغة والثالث سابق في هذا الوصف وان قال آخر عبد اشتريه فهو حر
فاشترى عبدا ثم مات لم يعتق لان الآخر فرد لاحق ولا سابق له فلا يكون لاحقا
ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق الآخر لانه فرد لاحق فاتصف بالآخرية ويعتق
يوم اشتراه عند ابي حنيفة رح حتى يعتبر من جميع المال وقالا يعتق يوم مات حتى يعتبر
من الثلث لان الآخرية لا تثبت الا بعدم شراء غيره بعده وذلك يتحقق بالموت فكان الشرط
متحققا عند الموت فيقتصر عليه ولابي حنيفة رح ان الموت معرف فاما اتصافه
بالآخرية من وقت الشراء فيثبت مستندا وعلى هذا الخلاف تعليق الطلاق الثلاث به

دنانير تظهر بخبرة الادات وعلى هذه ومن قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره
ثلاثة متفرقين عتق الاول لان البشارة اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا
في العرف وهذا انما يتحقق من الاول وان بشروه معا عتقوا لانها تحققت من الكل وان قال
ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان الشرط قران النية بعلة
العتق وهي اليمين فاما الشرا فشرطه وان اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا
لزفر والشافعي رحمهما الله لانه شرط العتق فاما العلة فهي القرابة وهذا لان الشرا اثبات الملك
والاعتاق ازالته وبينهما منافاة ولنا ان شرا القريب اعتاق لقوله عم لن يجزي ولد والده الا ان يجده
مملوكا فيشتريه فيعتقه جعل نفس الشرا اعتاقا لانه لا يشترط غيره وصار نظيره سقاه
فارواه ولو اشترى ام ولده لم يجزه ومعنى هذه المسئلة ان يقول لامة قد استولدها بالنكاح
ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولا يجزيه عن الكفارة
لان حريتها مستحقة بالاستيلاد فلا تضاف الى اليمين من كل وجه بخلاف ما اذا قال لقنة ان
اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث يجزيه عنها اذا اشتراها لان حريتها غير مستحقة بجهة
اخرى فلم تختل الاضافة الى اليمين وقد قارنته النية ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة
فتسرى جارية كانت في ملكه عتقت لان اليمين انعقدت في حقها لمصادفتها الملك وهذا
لان الجارية منكرة في هذا الشرط فيتناول كل جارية على الانفراد وان اشترى جارية
فتسراها لم تعتق خلافا لزفر رح فانه يقول التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره ذكر الملك
وصار كما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا ولنا ان الملك
يصير مذكورا ضرورة صحة التسري وهو شرط فيتقدر بقدره ولا يظهر في حق صحة
الجزا وهو الحرية وفي مسئلة الطلاق انما يظهر في حق الشرط دون الجزا حتى لو قال لها ان
طلقتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها لم تطلق ثلاثا وهذه وزان مسئلتنا ومن
قال كل مملوك لي حر يعتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة فيهم
اذ الملك ثابت فيهم رقبة ويدا ولا يعتق مكاتبوه الا ان ينويهم لان الملك غير ثابت يدا ولهذا
لا يملك اكسابه ولا يحل له وطي المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبرة فاختلت الاضافة فلا بد
من النية ومن قال لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في
الاوليين لان كلمة او لاثبات احد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف
الثالثة على المطلقة لان العطف للمشاركة في الحكم فيختص بمحله فصار كما اذا قال
احديكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار
في الاوليين لما بينا والله تعالى اعلم

باب اليمين في البيع والشرا والتزوج وغير ذلك

ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يواجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث لان العقد وجد
من العاقد حتى كانت الحقوق عليه ولهذا لو كان العاقد هو الحالف يحنث في يمينه فلم يوجد
ما هو الشرط وهو العقد من الامر وانما الثابت له حكم العقد الا ان ينوي ذلك لان فيه تشديدا او يكون
الحالف ذا سلطان لا يتولى العقد بنفسه لانه يمنع نفسه عما يعتاده ومن حلف لا يتزوج
او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث لان الوكيل في هذا سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى
نفسه بل الى الامر وحقوق العقد ترجع الى الامر لا اليه ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين
في القضا خاصة وسنشير الى المعنى في الفرق ان شا الله تعالى ولو حلف لا يضرب عبده
او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل حنث في يمينه لان المالك له ولاية ضرب عبده وذبح شاته
فيملك توليته غيره ثم منفعته راجعة الى الامر فيجعل هو مباشرا اذ لا حقوق له ترجع الى
المامور ولو قال عنيت ان لا افعل ذلك بنفسي دين في القضا بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره
ووجه الفرق ان الطلاق ليس الا تكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها والامر بذلك مثل
التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخصوص في العام فيدين ديانة
لا قضا اما الضرب والذبح فعل حسي يعرف باثره والنسبة الى الامر بالتسبيب مجاز
فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق ديانة وقضا ومن حلف لا يضرب
ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة ضرب الولد عايدة اليه وهو
التادب والتثقف فلم ينسب فعله الى الامر بخلاف الامر بضرب العبد لان منفعته الايتمار
عايدة الى الامر فيضاف الفعل اليه ومن قال لآخر ان بعت لك هذا الثوب فامراته طالق
فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان حرف اللام دخل على البيع
فيقتضي اختصاصه به وذلك بان يفعله بامره اذ البيع تجري فيه النيابة ولم يوجد بخلاف
ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سوا كان بامره او بغير امره علم
بذلك او لم يعلم لان حرف اللام دخل على العين لانه اقرب اليه فيقتضي اختصاصه به وذلك
بان يكون مملوكا له ونظيره الصياغة والخياطة وكل ما تجري فيه النيابة بخلاف الاكل
والشرب وضرب الغلام لانه لا يحتمل النيابة فلا يفترق الحكم به في الوجهين ومن قال
هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع والملك فيه
قايم فينزل الجزا وكذلك ان قال المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار
يعتق ايضا لان الشرط قد تحقق وهو الشرا والملك قايم فيه وهذا على اصلهما ظاهر وكذا
على اصله لان هذا العتق بتعليقه والمعلق كالمنجز ولو نجز العتق يثبت الملك سابقا
عليه فكذا هذا ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامراته طالق فاعتق او دبر
طلقت امراته لان الشرط قد تحقق وهو عدم البيع لفوات محلية البيع فاذا قالت
المراة لزوجها تزوجت علي فقال كل امراة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضا

وعن أبي يوسف رح أنه إذا كان مطلوبا لأنه لا يجد جوابا فينصرف عليه ولأن غرضه الإضافة وهو
بطلان غيرها فيتقدم به وجه الظاهر عموم الكلام وقد زاد على حرف الجواب فيجعل مبتدأ
وقد يكون غرضه احيانا صحبة اعترضت عليه فيما لحظ الشرع مع التردد ولا يصلح مقيدا
ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لأنه تخصيص العام والله تعالى أعلم باب
اليمين في الحج والصلاة والصوم ومن قال وهو في الكعبة أو غيرها علي المشي إلى بيت الله تعالى
أو إلى الكعبة فعليه حجة أو عمرة ماشيا وإن شاء ركب وأهراق دما وفي القياس لا يلزمه شيء
لأنه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الأصل ومذهبنا مأثور عن علي رض
ولأن الناس تعارفوا إيجاب الحج والعمرة بهذا اللفظ فصار كما إذا قال علي زيارة البيت
ماشيا فيلزمه ماشيا وإن شاء ركب وأهراق دما وقد ذكرناه في المناسك ولو قال علي الخروج
أو الذهاب إلى بيت الله تعالى فلا شيء عليه لأن التزام الحج والعمرة بهذا اللفظ غير متعارف
ولو قال علي المشي إلى الحرم أو إلى الصفا والمروة فلا شيء عليه عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف رح
ومحمد رح في قوله علي المشي إلى الحرم حجة أو عمرة ولو قال إلى المسجد الحرام فهو على هذا الاختلاف
لهما أن الحرم شامل على البيت وكذا المسجد الحرام فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة
لأنهما منفصلان عنه وله أن التزام الإحرام بهذه العبارة غير متعارف فلا يمكن إيجابه
باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلا ومن قال عبدي حر إن لم أحج العام فقال
حججت فشهد شاهدان أنه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال محمد يعتق لأن هذه شهادة قامت على أمر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء
الحج فيتحقق الشرط ولهما أنها قامت على النفي لأن المقصود منها نفي الحج لا إثبات التضحية
لأنه لا مطالب لها فصار كما إذا شهدوا أنه لم يحج غاية الأمر أن هذا النفي مما يحيط علم
الشاهد به ولكنه لا يميز بين نفي ونفي تيسيرا ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وصام
ساعة ثم أفطر من يومه حنث لوجود الشرط إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرات على قصد
التقرب ومن حلف لا يصوم يوما أو صوما فصام ساعة ثم أفطر لم يحنث لأنه يراد به الصوم
التام المعتبر شرعا وذلك بإتمامه إلى آخر اليوم واليوم صريح في تقدير المدة به قال
ولو حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث وإن سجد مع ذلك ثم قطع حنث والقياس
أن يحنث بالافتتاح اعتبارا بالشروع في الصوم وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة
عن الأركان المختلفة فما لم يأت بجميعها لا تسمى صلاة بخلاف الصوم لأنه ركن واحد وهو
الإمساك ويتكرر في الجزء الثاني ولو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث ما لم يصل ركعتين
لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا وأقلها ركعتان للنهي عن البتيراء والله تعالى أعلم

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

ومن قال لامرأته إن لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته ونسجته فلبسه فهو
هدي عند أبي حنيفة رح وقالا ليس عليه أن يهدي حتى تغزل من قطن ملكه يوم حلف
ومعنى الهدي التصدق به بمكة لأنه اسم لما يهدى إليها لهما أن النذر إنما يصح في الملك أو
مضافا إلى سبب الملك ولم يوجد لأن اللبس وغزل المرأة ليسا من أسباب ملكه وله أن غزل
المرأة عادة يكون من قطن الزوج والمعتاد هو المراد وذلك سبب لملكه ولهذا يحنث
إذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر لأن القطن لم يصر مذكورا ومن حلف لا يلبس
حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث لأنه ليس بحلي عرفا ولا شرعا حتى أبيح استعماله للرجال
والتختم به لقصد الختم وإن كان من ذهب حنث لأنه حلي ولهذا لا يحل استعماله للرجال
قال ولو لبس عقد لؤلؤ غير مرصع لا يحنث عند أبي حنيفة رح وقالا يحنث لأنه حلي حقيقة
حتى سمي به في القرآن وله أنه لا يتحلى به عرفا إلا مرصعا ومبنى الأيمان على العرف وقيل
هذا اختلاف عصر وزمان ويفتى بقولهما لأن التحلي به على الانفراد معتاد ومن حلف
لا ينام على فراش فنام عليه وفوقه قرام حنث لأنه تبع للفراش فيعد نائما عليه وإن
جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لم يحنث لأنه لا يسمى جالسا على الأرض بخلاف ما إذا
حال بينه وبين الأرض لباسه لأنه تبع له فلا يعتبر حائلا ولو حلف لا يجلس على سرير
فجلس على سرير فوقه بساط أو حصير حنث لأنه يعد جالسا عليه والجلوس على
السرير في العادة كذلك بخلاف ما إذا جعل فوقه سريرا آخر لأنه مثل الأول فقطع النسبة
عنه والله أعلم **باب اليمين في الضرب والقتل وغيره** ومن قال إن ضربتك فعبدي حر
فمات فضربه فهو على الحياة لأن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن والإيلام لا يتحقق
في الميت ومن يعذب في القبر توضع فيه الحياة في قول العامة رح وكذلك الكسوة
لأنه يراد به التمليك عند الإطلاق ومنه الكسوة في الكفارة وهو لا يتحقق في الميت
إلا أن ينوي به الستر وقيل بالفارسية ينصرف إلى اللبس قال وكذلك الكلام والدخول
لأن المقصود من الكلام الإفهام والموت ينافيه والمراد من الدخول عليه زيارته وبعد الموت
يزار قبره لا هو ولو قال إن غسلتك فعبدي حر فغسله بعدما مات يحنث لأن الغسل هو
الإسالة ومعناه التطهير ويتحقق ذلك في الميت ومن حلف لا يضرب امرأته فمد شعرها
أو خنقها أو عضها حنث لأنه اسم لفعل مؤلم وقد تحقق الإيلام وقيل لا يحنث في حال
الملاعبة لأنه يسمى ممازحة لا ضربا ومن قال إن لم أقتل فلانا فامرأته طالق وفلان
ميت وهو عالم به حنث لأنه عقد يمينه على حياة يحدثها الله فيه وهو متصور
فينعقد ثم يحنث للعجز العادي وإن لم يعلم لم يحنث لأنه عقد يمينه على حياة كانت
فيه ولا يتصور فيصير قياس مسألة الكوز على الاختلاف وليس في تلك المسألة

تفصيل العلم والله اعلم **باب اليمين في تقاضي الدراهم** ومن حلف ليقضين
دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر لان ما دونه يعد
قريبا والشهر وما زاد عليه يعد بعيدا ولهذا يقال عند بعد العهد ما لقيتك منذ شهر
ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة
لم يحنث الحالف لان الزيافة عيب والعيب لا يعدم الجنس ولهذا لو تجوز به صار
مستوفيا فوجد شرط البر وقبض المستحق صحيح ولا يرتفع برده البر المتحقق وان
وجدها رصاصا او ستوقة حنث لانهما ليسا من جنس الدراهم حتى لا يجوز التجوز بهما
في الصرف والسلم وان باعه بها عبدا وقبضه بر في يمينه لان قضاء الدين طريقه
المقاصة وقد تحققت بمجرد البيع وكان يشترط القبض ليتقرر به وان وهبها
لا يعني الدين لم يبر لعدم المقاصة ولان القضاء فعله والهبة اسقاط من صاحب
الدين ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث حتى
يقبض جميعه لان الشرط قبض الكل لكنه بوصف التفرق الا ترى انه اضاف القبض
الى دين معرف مضاف اليه فينصرف الى كله فلا يحنث الا به فان قبض دينه في وزنين
لم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث وليس ذلك بتفريق لانه يتعذر قبض الكل
دفعة واحدة عادة فيكون هذا القدر مستثنى عنه ومن قال ان كان لي الا مائة درهم
فامرأته طالق فلم يملك الا خمسين درهما لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي ما زاد على المائة
ولان استثناء المائة بجميع اجزائها وكذلك اذا قال غير مائة او سوى مائة لان كل ذلك اداة
الاستثناء والله اعلم **مسائل متفرقة** واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفي
الفعل مطلقا فعم الامتناع ضرورة عموم النفي وان حلف ليفعلن كذا ففعله مرة بر في
يمينه لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي فعل فعله وانما
يحنث بوقوع اليأس عنه وذلك بموته او بفوت محل الفعل واذا استحلف الوالي رجلا
ليعلمه بكل داعر دخل البلدة فهو على حال ولايته لان المقصود منه دفع شره او شر غيره
بزجره فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر
الرواية ومن حلف ان يهب عبده لفلان فوهبه فلم يقبل فقد بر في يمينه خلافا لزفر
فانه يعتبره بالبيع لانه تمليك مثله ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع ولهذا يقال وهب
ولم يقبل ولان المقصود اظهار السماحة وذلك يتم به اما البيع معاوضة فاقتضى
الفعل من الجانبين ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لم يحنث لانه اسم
لما لا ساق له ولهما ساق ولو حلف لا يشتري بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه اعتبارا
للعرف ولهذا يسمى بائعه بائع البنفسج والشراء يقع عليه وقيل في عرفنا يقع على

الورق وان حلف على الورد فاليمين على الورق لانه حقيقة فيه والعرف مقرر له وفي البنفسج
قاض عليه والله اعلم **كتاب الحدود** الحد لغة هو المنع ومنه الحداد للبواب
وفي الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد
والتعزير لعدم التقدير والمقصود الاصلي من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد
والطهرة ليست اصلية فيه بدليل شرعه في حق الكافر قال الزنا يثبت بالبينة والاقرار
والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لا سيما
فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر
قال فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود على رجل او امرأة بالزنا لقوله تعالى فاستشهدوا
عليهن اربعة منكم وقال تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء وقال عم للذي قذف امرأته ائت
باربعة يشهدون على صدق مقالتك لان في اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر وهو
مندوب اليه والاشاعة ضده واذا شهدوا سألهم الامام عن الزنا ما هو وكيف هو واين
زنى ومتى زنى وبمن زنى لان النبي عم استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية
ولان الاحتياط في ذلك لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه او زنى في دار الحرب او
في متقادم من الزمان او كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الابن
فيستقصى في ذلك احتيالا للدرء فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها في فرجها
كالميل في المكحلة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر والعلانية حكم بشهادتهم
ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرء وقال عم ادرؤوا الحدود ما استطعتم
بخلاف سائر الحقوق عند ابي حنيفة رح وتعديل السر والعلانية نبينه في الشهادات
ان شاء الله تعالى وقال في الاصل يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد
حبس رسول الله عم رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيه قبل ظهور العدالة
وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى قال والاقرار ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا
اربع مرات في اربع مجالس مختلفة من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي فاشتراط
البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر وهو غير موجب للحد واشتراط
الاربع مذهبنا وعند الشافعي رح يكتفي باقراره مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه
مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة
واما حديث ماعز فانه عم اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربع مجالس
فلو ظهر دونها لما اخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة اختصت فيه بزيادة العدد
فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر فلا بد من اختلاف المجالس لما روينا
ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده ذلك يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار

فالاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه دون مجلس القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما
اقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقر هو المروي عن ابي حنيفة رح لانه عم طرد ماعزا في كل مرة
حتى توارى بحيطان المدينة قال فاذا تم اقراره اربع مرات سأله عن الزنا ما هو وكيف هو واين
زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة
ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار
وقيل لو سأله عن الزمان جاز لاحتمال انه زنى في صباه فان رجع المقر عن اقراره قبل اقامة الحد او في وسطه
قبل رجوعه وخلي سبيله وقال الشافعي رح وهو قول ابن ابي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب الحد
باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف
ولنا ان الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس احد يكذبه فيه فيتحقق الشبهة في الاقرار
بخلاف ما اذا كان فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص
حق الشرع ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست او قبلت لقوله عم
لماعز رض لعلك مسستها او قبلتها وقال في الاصل ينبغي ان يقول له الامام لعلك تزوجتها او
وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى والله اعلم

فصل في كيفية الحد واقامته

واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه القاضي بالحجارة حتى يموت لانه عم
رجم ماعزا وكان قد احصن وقال في الحديث المعروف وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع الصحابة
رض قال ويخرجه الى ارض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس كذا روي
عن علي رض ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بدايته
احتيال للدرء وقال الشافعي رح لا يشترط بدايته اعتبارا بالجلد ولنا ان كل واحد لا يحسن
الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف فلو امتنع الشهود
عن الابتداء سقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية لفوات
الشرط وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي رض ورمى رسول الله عم الغامدية
بحصاة مثل الحمصة وكانت اعترفت بالزنا ويكفن ويغسل ويصلى عليه لقوله عم في ماعز اصنعوا به
كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبي عم
على الغامدية بعدما رجمت وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية
والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا انه نسخ في حق المحصن فبقي في حق غيره
معمولا به قال يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا لان عليا رض لما اراد
ان يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لافضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني
عن المقصود وهو الانزجار وينزع عنه ثيابه معناه دون الازار لان عليا رض كان يأمر
بالتجريد في الحدود ولان التجريد ابلغ في ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة

في الضرب وفي نزع الازار كشف العورة فيتوقاه ويفرق الضرب على اعضائه لان الجمع في
عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر لا متلف قال الا رأسه ووجهه وفرجه لقوله عم
للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه
مجمع المحاسن ايضا فلا يؤمن من فوات شيء منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا
وقال ابو يوسف رح يضرب الرأس ايضا رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول ابي بكر رض
اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا تأويله انه قال ذلك فيمن ابيح قتله ويقال انه ورد
في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود
لقول علي رض يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير
والقيام ابلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد ان يلقى على الارض ويمد كما يفعل في
زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك
كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق وان كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف
ما على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء ولان الرق منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة
لان الجناية عند توافر النعم افحش فيكون ادعى الى التغليظ والرجل والمرأة في ذلك سواء
لان النصوص تشملهما غير ان المرأة لا ينزع عنها ثيابها الا الفرو والحشو لان في تجريدها
كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما
فينزعان وتضرب جالسة لما روينا ولانه استر لها وان حفر لها في الرجم جاز
لانه عم حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر علي رض لشراحة الهمدانية وان ترك لا يضره لان
النبي عم لم يأمر بذلك وهي مستورة بثيابها والحفر احسن لانه استر ويحفر الى الصدر
لما روينا ولا يحفر للرجل لانه عم ما حفر لماعز رض ولان مبنى الاقامة على التشهير في الرجل
والربط والامساك غير مشروع ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي
له ان يقيم لان له ولاية مطلقة عليه فيقيمه كالامام بل اولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا
يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عم اربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد
حق الله تعالى لان المقصود منه اخلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد
فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام او نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا
يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد
تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط لاهلية
العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة
اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا
عند استجماعها فيناط به بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع

بالزنى يستغني ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطي الحلال والاستغنا
بطريق الحلال يمنع عن الحرام والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون
الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توافر الزواجر اغلظ والشافعي رح يخالفنا في اشتراط
الاسلام وكذا ابو يوسف رح في رواية لما روي انه عم رجم يهوديين قد زنيا قلنا كان ذلك
بحكم التوراة ثم نسخ يؤيده قوله عم من اشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر في الدخول ايلاج
الفرج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى
لو دخل بالمنكوحة الكافرة او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان
الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة بالغة عاقلة لان النعمة بذلك
لا تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي
المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ايتلاف مع الاختلاف في الدين وابو يوسف رح يخالفهما
في الكافرة والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عم لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية
ولا الحر الامة ولا الحرة العبد قال ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم لانه عم لم يجمع
ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة
اقصاها وزجره لا يحصل بعد هلاكه ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي وقال الشافعي رح
يجمع بينهما لقوله عم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة
المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء او الى
كونه كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه
قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من اقبح وجوه الزنا وهذه الجهة مرجحة
لقول علي رض كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره وهو قوله عم الثيب بالثيب
جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه وقال الا ان يرى الامام في ذلك
مصلحة فيغربه على قدر ما يرى وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال
فيكون الراي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة رض واذا زنا
المريض وحده الرجم رجم لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض وان كان حده الجلد
لم يجلد حتى يبرا كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد
واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة
وان كان حدها الجلد فحتى تتعالى من نفاسها اي ترتفع يريد به تخرج منه لان
النفاس مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التاخير لاجل الولد وقد انفصل
وعن ابي حنيفة رح انه يؤخر الى ان يستغني ولدها عنها اذا لم يكن احد يقوم بتربيته لان
في التاخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي انه عم قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي

ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى ان تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف
الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس والله اعلم **باب الوطي الذي يوجب الحد**
والذي لا يوجب قال الوطي الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف الشرع واللسان وطي
الرجل المراة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق
عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك قوله عم ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة
نوعان شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية فالاولى
تتحقق في حق من اشتبه عليه لان معناه ان يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق
الاشتباه والثانية تتحقق لقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته ولا يتوقف على ظن الجاني
واعتقاده والحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت في الثانية اذا ادعى
الولد ولا يثبت في الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا في الاولى وان سقط الحد
لمعنى راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض في الثانية فشبهة الفعل في ثمانية
مواضع جارية ابيه وامه وزوجته والمطلقة ثلاثا وهي في العدة وبائنا بالطلاق
على مال وهي في العدة وام الولد اذا اعتقها وهي في العدة وجارية المولى في حق العبد
والجارية المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الحدود ففي هذه المواضع لا حد
اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها علي حرام وجب الحد والشبهة في المحل في ستة
مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع
قبل التسليم والممهورة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره و
المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان
قال علمت انها علي حرام ثم الشبهة عند ابي حنيفة رح تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه
وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على
ما ياتيك ان شاء الله تعالى واذا عرفنا هذا قال ومن طلق امراته ثلاثا ثم وطيها في العدة
وقال علمت انها علي حرام حد لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية و
قد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع فلا يعتبر قول المخالف لانه خلاف
لا اختلاف ولو قال ظننت انها تحل لي فلا حد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قائم
في حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه في اسقاط الحد وام الولد اذا اعتقها
مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلث لثبوت الحرمة بالاجماع
وقيام بعض الاثار في العدة ولو قال لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت
نفسها ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام لم يحد لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم
فيه فمن مذهب عمر رض انها تطليقة رجعية وكذا الجواب في ساير الكنايات وكذا اذا

اذا نوى تلقنا القيام الاختلاف مع ذلك ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال
علمت انها علي حرام لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عم انت ومالك لابيك
والابوة قائمة في حق الجد قال ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية وقد ذكرناه واذا وطئ
جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال
علمت انها علي حرام حد وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه لان بينهم انبساطا في الانتفاع
فظنه في الاستمتاع محتمل فكان شبهة اشتباه الا انه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت
الجارية ظننت انه يحل لي والفحل لم يدع في الظاهر لان الفعل واحد وان وطئ جارية اخيه
او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد
لما بينا ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر
قضى بذلك علي رض وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان
لا يميز بين امرأته وغيرها في اول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه الا في رواية
عن ابي يوسف رح لان الملك منعدم حقيقة ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد لانه لا اشتباه
بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها
من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان اعمى لانه يمكنه التميز بالسؤال وغيره الا اذا دعاها
فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل ومن تزوج امرأة لا يحل
له نكاحها فوطئها لم يجب عليه الحد عند ابي حنيفة رح لكنه يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال
ابو يوسف رح ومحمد والشافعي عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله
فيلغو كما اذا اضيف الى الذكور وهذا لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وحكم الحل و
هي من المحرمات ولابي حنيفة رح ان العقد صادف محله لان محل التصرف ما يقبل مقصوده
والانثى من بنات ادم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغي ان ينعقد في جميع الاحكام
الا انه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة ما يشبه الثابت
لا نفس الثابت الا انه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر ومن وطئ جارية
فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شيء مقدر ومن اتى امرأة في الموضع المكروه
او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة رح ويعزر وزاد في الجامع الصغير ويودع
في السجن وقالا هو كالزنى فيحد وهو احد قولي الشافعي رح وقال في قول يقتلان
بكل حال لقوله عم اقتلوا الفاعل والمفعول ويروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما
انه في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما
لقصد سفح الماء وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رض في موجبه من الاحراق
بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الحجارة وغير ذلك ولا هو في معنى

الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو اندر وقوعا لانعدام
الداعي في احد الجانبين والداعي الى الزنا من الجانبين وما رواه محمول على السياسة
او على المستحل الا انه يعزر لما بيناه ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس في معنى الزنا في
كونه جناية وفي وجود الداعي لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه
او غاية الشبق ولهذا لا يجب ستره الا انه يعزر لما بيناه والذي يروى انه تذبح البهيمة
وتحرق فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي
ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وعند الشافعي رح يحد لانه التزم باسلامه احكامه اينما
كان مقامه ولنا قوله عم لا تقام الحدود في دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار
وولاية الامام منقطعة فيها فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا تقام بعدما خرج لانها
لم تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة
او امير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف امير العسكر والسرية
لانه لم يفوض اليهما الاقامة واذا دخل حربي بامان فزنى بذمية او زنى ذمي بحربية
يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة رح ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رح
في الذمي اذا زنى بحربية فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رح وهو قول
ابي يوسف رح اولا وقال ابو يوسف يحدون كلهم وهذا اخر قوله لابي يوسف ان المستأمن
التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما ان الذمي التزمها مدة عمره
ولهذا يحد حد القذف ويقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما
انه ما دخل للقرار بل لحاجته كالتجارة ونحوها فلم يصر من اهل دارنا ولهذا
يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به وانما التزم من الحكم
ما يرجع الى مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف
والقصاص وحد القذف من حقوقهم اما حد الزنا فمحض حق الشرع ولمحمد رح وهو الفرق
ان الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة على ما نذكره ان شاء الله تعالى
فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع اما الامتناع في حق التبع
لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية او مجنونة وتمكين
البالغة من الصبي والمجنون ولابي حنيفة رح ان فعل المستأمن زنا لانه مخاطب بالحرمات
على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على اصلنا والتمكين من فعل هو زنا
موجب للحد عليها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا
زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد لا تحد واذا زنى الصبي او المجنون بامرأة طاوعته
فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي رح يجب الحد عليها وهو رواية عن ابي يوسف رح

وان زنا صحيح بمجنونة او صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر
من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كل واحد منهما
مؤاخذ بفعله ولنا ان فعل الزنا يتحقق منه وانما هي محل الفعل ولهذا يسمى هو واطئا وزانيا
والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية
باسم المرضية او لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل
من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد
قال ومن اكرهه السلطان حتى زنا فلا حد عليه وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا يحد وهو
قول زفر لان الانتشار دليل الطواعية ثم رجع وقال لا حد عليه لان الانتشار دليل قد يكون
طبعا لا طوعا كما في النائم فاورث شبهة قال وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يحد لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق
من غيره وله ان الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستغاثة بالسلطان او بجماعة المسلمين
ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط الحد به بخلاف السلطان لانه لا يمكنه
الاستغاثة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه ومن اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زنا
بفلانة وقالت هي تزوجني او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليه وعليه المهر
في ذلك لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط
الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع ومن زنا بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة
معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه وعن ابي يوسف رحمه الله
انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعدما زنا بها
وهو على هذا الخلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك
المسروق قبل القطع ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه فانما
يوجبه في العين كما في هبة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت
مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة وهذا بخلاف ما اذا زنا بها فاذهب
عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هناك يثبت في الجثة العمياء وهي عين
فاورث شبهة قال وكل شيء صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص
فانه يؤخذ به وبالاموال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه
ان يقيم على نفسه لانه لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه
او بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والاموال منها واما حد القذف قالوا المغلب
فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود والله اعلم

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم
الا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير اذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب خمر او بزنا
بعد حين لم يؤخذ به ويضمن السرقة والاصل ان الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم
خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبرها بحقوق العباد وبالاقرار الذي هو احدى الحجتين ولنا ان الشاهد
مخير بين حسبتين اداء الشهادة والستر فالتأخير ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء
بعد ذلك لضغينة هيجته او لعداوة حركته فيتهم فيها وان كان التأخير لا للستر
يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادي نفسه فحد الزنا
وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم
فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه
بعد الاقرار والتقادم غير مانع في حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم
على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لان الدعوى فيه ليس بشرط
للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وانما يشترط للمال ولان الحكم يدار على كون الحد
حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد ولان السرقة تقام على الاستسرار
على غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان يصير فاسقا آثما ثم التقادم
كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر رحمه الله
حتى لو هرب بعدما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعدما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لان
الامضاء من القضاء في باب الحدود واختلفوا في حد التقادم واشار في الجامع الصغير
الى ستة اشهر فانه قال بعد حين وهكذا اشار الطحاوي وابو حنيفة رحمه الله لم يقدر
في ذلك وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد انه قدره بشهر لان ما دونه
عاجل وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضي
وبينهم مسيرة شهر اما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق
التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة على
ما يجيء في بابه ان شاء الله تعالى واذا شهدوا على رجل انه زنا بفلانة وفلانة غائبة
فانه يحد وان شهدوا انه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق ان بالغيبة تنعدم الدعوى
وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم
وان شهدوا انه زنا بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته او امته بل هو الظاهر
وان اقر بذلك حد لانه لا يخفى عليه امته او امرأته وان شهد اثنان انه زنا بفلانة فاستكرهها
وشهد آخران انها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقالا
يحد الرجل خاصة لاتفاقهما على الموجب وتفرد احدهما بزيادة جناية وهو الاكراه
لا يقدح فيه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب في حقها ولم يثبت لاختلافهما

ولكن اذا اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي المطاوعة صارا قاذفين لها
وانما يسقط الحد عنها بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا
صادقين في ذلك قال وان شهد اثنان انه زنا بامرأة بالكوفة وآخران انه زنا بها بالبصرة درئ
الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان فلم يتم على كل واحد منهما نصاب
الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر رحمه الله لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة في الحقيقة
والمرأة وان اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة معناه ان يشهد كل اثنين على الزنا
في زاوية وهذا استحسان والقياس ان لا يجب لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان ان التوفيق
ممكن بان يكون ابتداء الفعل في زاوية والانتهاء في زاوية اخرى بالاضطراب او لان الواقع
في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد بحسب ما عنده
قال وان شهد اربعة انه زنا بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس واربعة انه زنا بها عند طلوع الشمس
بدير هند درئ الحد عنهم جميعا اما عنهما فلانا تيقنا بكذب احد الفريقين غير عين واما
عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق وان شهدوا اربعة على امرأة بالزنا وهي بكر درئ الحد
عنها وعنهم لان الزنا لا يتحقق مع البكارة ومعنى المسألة ان النساء نظرن اليها فقلن انها
بكر وشهادتهن حجة في اسقاط الحد وليست بحجة في ايجابه فلهذا سقط الحد عنها ولا يجب عليهم
وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في
قذف فانهم يحدون ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف الحد وهم ليسوا
من اهل الاداء والشهادة والعبد ليس من اهل التحمل والاداء فلم يثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت
بالاداء وان شهدوا وهم فساق او ظهر انهم فساق لم يحدوا لان الفاسق من اهل الاداء
والتحمل وان كان في ادائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضي بشهادته نفذ عندنا
فيثبت بشهادتهم شبهة الزنا وباعتبار قصوره في الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا
فلهذا يمتنع الحد وان يأتي فيه خلاف الشافعي رحمه الله بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة
فهو كالعبد عنده وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند
نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها وان شهد اربعة على رجل بالزنا
فضرب بشهادتهم ثم وجد احدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون لانهم قذفة
اذ الشهود ثلاثة وليس عليهم ولا على بيت المال ارش الضرب فان رجم فديته على بيت المال
وهذا عند ابي حنيفة وقالا ارش الضرب ايضا على بيت المال قال رضي الله عنه معناه اذا كان جرحه وعلى
هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون
لهما ان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح
وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لانه

لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فيجب الغرامة في مالهم فصار كالرجم
والقصاص ولابي حنيفة ان الواجب هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك
ولا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى في الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا انه
لا يجب عليه الضمان في الصحيح كيلا يمتنع الناس عن الاقامة مخافة الغرامة وان شهد اربعة
على شهادة اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها
فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة في ذلك المكان لم يحد ايضا معناه شهدوا على ذلك
الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين هذه الحادثة اذ هم
قائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد على المشهود
عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لايجابه واذا شهد اربعة على رجل بالزنا
فرجم فكلما رجع واحد منهم حد الراجع وحده وغرم ربع الدية اما الغرامة فلانه بقي
من يبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال
الشافعي يجب القتل دون المال بناء على اصله في شهود القصاص وسنبينه في الديات
ان شاء الله تعالى اما الحد فمذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يحد لانه ان كان قاذف حي فقد بطل بالموت
وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي فيورث ذلك شبهة ولنا ان الشهادة انما
تنقلب قذفا بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فيجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة
فينفسخ ما يبتنى عليه وهو القضاء في حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غيره لانه
غير محصن في حق غيره لقيام القضاء في حقه فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع
واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه وقال محمد رحمه الله حد الراجع
خاصة لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا ينفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد
الامضاء ولهما ان الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد قبل القضاء ولهذا سقط الحد
عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر رحمه الله يحد الراجع
خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة
باتصال القضاء به فاذا لم يتصل به بقي قذفا فيحدون فان كانوا خمسة فرجع احدهم
فلا شيء عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربعة فان رجع آخر حدا
وغرما ربع الدية اما الحد فلما ذكرنا واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلاثة
ارباع الحق والمعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف فان شهد اربعة فزكوا
فرجم فاذا الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة معناه اذا رجعوا
عن التزكية وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هو على بيت المال وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا
التزكية مع علمنا بحالهم لهما انهم اثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا اثنوا على المشهود عليه

حتى بان شهود الاحصان ولنا ان الشهادة انما تصير حجة عاملة بالتزكية فكانت التزكية
في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بين
ما اذا شهدوا بلفظ الشهادة او اخبروا وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اما اذا قالوا هم
عدول فظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم
شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه واذا شهد
اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا
فعلى القاتل الدية في ماله استحسانا وفي القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة
بغير حق وجه الاستحسان ان القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة بخلاف
ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على
دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية في ماله لانه عمد والعاقلة
لا تعقل العمد وتجب في ثلث سنين لانه وجب بنفس القتل وان رجم ثم وجدوا عبيدا
فالدية على بيت المال لانه امتثل امر الامام فينتقل فعله اليه ولو باشره بنفسه تجب الدية
في بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر امره قال واذا شهد
اربعة على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم لانه يباح لهم النظر ضرورة
تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة قال واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان
وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان
الحكم بثبوت النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان
يثبت بمثله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم خلافا لزفر
والشافعي رح فالشافعي مر على اصله ان شهادة النساء غير مقبولة في غير الاموال وزفر يقول انه شرط
في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا يقبل
شهادة النساء فيه احتيالا للدرء وصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم
انه اعتقه قبل الزنا لا يقبل لما ذكرنا ولنا ان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها
مانعة عن الزنا على ما ذكرنا فلا يكون في معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة
بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم او يتضرر به
المسلم فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون عندنا خلافا لزفر رح وهي فرع ما تقدم والله اعلم

باب حد الشرب

ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجود او جاؤوا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك
فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجود لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد
والاصل فيه قوله عم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه قال وان اقر بعد ذهاب
رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد انه يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد
ما ذهب ريحها والسكر لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول
الشهادة بالاتفاق غير انه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التأخير يتحقق
بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل يقولون لي انكه قد شربت مدامة فقلت
لهم لا بل اكلت السفرجلا وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود رض فيه فتلتلوه
ومزمزوه واستنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من اقوى
دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح
ممكن للمستدل وانما يشتبه على الجهال واما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد رح كما في
حد الزنا على ما مر تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب
ثبت باجماع الصحابة ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رض وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا
فان اخذه الشهود وريحها توجد منه او سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع
ذلك قبل ان ينتهوا به اليه حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد
لا يتهم في مثله ومن سكر من النبيذ حد لما روي ان عمر رض اقام الحد على اعرابي سكر من نبيذ
وسنبين الكلام في حد السكر ومقدار حده المستحق ان شاء الله تعالى قال ولا حد على من
وجد منه رائحة الخمر او تقيأها لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه
واضطرار ولا يحد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح
لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد ولا يحد حتى يزول عنه
السكر تحصيلا لمقصود الانزجار وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رض
يفرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد
اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور انا اظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر
ثانيا وان كان عبدا فحده اربعون لان الرق منصف على ما عرف قال ومن اقر بشرب الخمر
والسكر ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى فيعمل الرجوع فيه كما في سائر
الحدود ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف رح
انه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هناك ان شاء الله تعالى
ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان
والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا لا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل
من المرأة قال رض وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه لانه
سكران في العرف واليه مال اكثر المشايخ وله انه يؤخذ في اسباب الحدود باقصاها
درءا للحد ونهاية السكر ان يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شيء وشيء

وما هو من ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر في القدح المسكر في حق الحرمة ما قاله
بالإجماع أخذا بالاحتياط والشافعي رحمه الله يعتبر ظهور أثره في مشيته وحركاته وأطرافه
وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره ولا يحد السكران بإقراره على نفسه
لزيادة احتمال الكذب في إقراره فيحتال لدرئه لأنه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف
لأن فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحي عقوبة عليه كما في سائر تصرفاته ولو ارتد السكران
لا تبين منه امرأته لأن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر والله أعلم

باب حد القذف

وإذا قذف رجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف
بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا إن كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا
بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد الرمي بالزنا بالإجماع وفي النص إشارة
إليه وهو اشتراط أربعة من الشهداء إذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف
لأن فيه حقه من حيث دفع العار وإحصان المقذوف لما تلونا قال ويفرق الضرب على أعضائه
لما مر في حد الزنا ولا يجرد من ثيابه لأن سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف
حد الزنا غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو لأن ذلك يمنع إيصال الألم به وإن كان القاذف
عبدا جلده أربعين سوطا لمكان الرق والإحصان أن يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا
مسلما عفيفا عن فعل الزنا أما الحرية فلأنه يطلق عليه اسم الإحصان قال الله تعالى
فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب أي الحرائر والعقل والبلوغ لأن العار لا يلحق
الصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والإسلام لقوله عليه السلام من أشرك بالله فليس
بمحصن والعفة لأن غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف صادق فيه ومن
نفى نسب غيره وقال لست لأبيك فإنه يحد وهذا إذا كانت أمه حرة مسلمة لأنه في الحقيقة
قذف لأمه لأن النسب إنما ينفى عن الزاني لا عن غيره ومن قال لغيره في غضب لست بابن
فلان لأبيه الذي يدعى به يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لأن عند الغضب يراد به حقيقة
سبا له وفي غيره يراد به المعاتبة بنفي مشابهته إياه في أسباب المروءة ولو قال
لست بابن فلان يعني جده لم يحد لأنه صادق في كلامه ولو نسبه إلى جده لا يحد أيضا
لأنه قد ينسب إليه مجازا ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة وطالب الابن
بحده حد القاذف لأنه قذف محصنة بعد موتها ولا يطالب بحد القذف للميت إلا
من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد لأن العار يلتحق به لمكان الجزئية
فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعي رحمه الله يثبت حق المطالبة لكل وارث
لأن حد القذف يورث عنده على ما نبينه وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الإرث
بل لما ذكرنا ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت

كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد رحمه الله ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر رحمه الله وإذا
كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد خلافا لزفر رحمه الله هو يقول
القذف يتناوله معنى لرجوع العار إليه وليس طريقه الإرث عندنا فصار كما إذا كان
متناولا له صورة ومعنى ولنا أنه عيره بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا لأن الإحصان
في الذي ينسب إلى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل إلى ولده
والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق بخلاف ما إذا تناول القذف نفسه لأنه لم يوجد
التعيير على الكمال لفقد الإحصان في المنسوب إلى الزنا وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف
أمه الحرة ولا للابن أن يطالب أباه بقذف أمه الحرة المسلمة لأن المولى لا يعاقب بسبب عبده
وكذا الأب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره
له أن يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد
وقال الشافعي رحمه الله لا يبطل ولو مات بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء
على أنه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد فإنه
شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد
ثم إنه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصود من شرع الزاجر إخلاء العالم عن الفساد وهذا
آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الأحكام فإذا تعارضت الجهتان فالشافعي رحمه الله مال إلى تغليب
حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا إلى تغليب
حق الشرع لأن ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لأنه لا ولاية
للعبد في استيفاء حقوق الشرع إلا نيابة وهذا هو الأصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع
المختلف فيها منها الإرث إذ الإرث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها
العفو فإنه لا يصح عفو المقذوف عندنا وعنده يصح ومنها أنه لا يجوز الاعتياض
عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن أبي يوسف رحمه الله في العفو مثل قول الشافعي
ومن أصحابنا من قال إن الغالب حق العبد وخرج الأحكام والأول أظهر ومن أقر
بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لأن للمقذوف فيه حقا فيكذبه في الرجوع بخلاف
ما هو خالص حق الله تعالى لأنه لا مكذب له فيه ومن قال لعربي يا نبطي لم يحد لأنه يراد
به التشبيه في الأخلاق أو عدم الفصاحة وكذا إذا قال لست بعربي لما قلنا ومن قال لرجل
يا ابن ماء السماء فليس بقاذف لأنه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء لأن ماء
السماء لقب به لصفائه وسخائه وإن نسبه إلى عمه أو خاله أو إلى زوج أمه فليس
بقاذف لأن كل واحد من هؤلاء يسمى أبا أما الأول فلقوله تعالى وإله آبائك إبراهيم
وإسماعيل وإسحاق وإسماعيل كان عما له والثاني لقوله عليه السلام الخال أب والثالث للتربية

ومن قال لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امراة من العرب ● وارق الى
الخيرات زنأ في الجبل ● وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا
ايضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة
مرادا بمنزلة ما اذا قال يا زاني او قال زنأت وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا
كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنأت على الجبل قيل لا يحد لما قلنا
وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه ومن قال لآخر يا زاني فقال لا بل انت فانهما يحدان لان
معناه بل انت زان اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في الاول
مذكورا في الثاني ومن قال لامراته يا زانية فقالت لا بل انت حدت المراة ولا لعان
لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد وفي البداية بالحد ابطال
اللعان لان المحدود في القذف ليس باهل له ولا ابطال في عكسه اصلا فيحتال للدرء
اذ اللعان في معنى الحد ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان معناه قالت ما قالت
بعد قوله يا زانية لوقوع الشك في كل واحد منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيجب
الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل انها ارادت زناي ما كان معك بعد
النكاح لاني ما مكنت احدا غيرك وهو المراد في مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار
يجب اللعان دون الحد لوجود القذف منه وعدمه منها فجاء ما قلنا ومن اقر بولد ثم نفاه
فانه يلاعن لان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا فيلاعن وان نفاه
ثم اقر به حد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضروري صير اليه ضرورة
التكاذب والاصل فيه حد القذف فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل وفيه خلاف
ذكرناه في اللعان والولد ولده في الوجهين لاقراره به سابقا او لاحقا واللعان يصح
بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد فان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا
لعان لانه انكر الولادة وبه لا يصير قاذفا ومن قذف امراة ومعها اولاد لا يعرف
لهم اب او قذف الملاعنة بولد والولد حي او قذفها بعد موت الولد فلا حد لقيام امارة
الزنا منها وهو ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها وهي شرط
ولو قذف امراة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام امارة الزنا ومن وطئ وطئا
حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهو شرط الاحصان ولان القاذف
صادق والاصل فيه ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا
هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره يحد لانه ليس بزنا فالوطء في غير
الملك من كل وجه او من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة

فان كانت الحرمة موقتة فالحرمة لغيره فابو حنيفة يشترط ان تكون الحرمة المؤبدة ثابتة
بالاجماع او بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد بيانه اذا قذف رجلا وطئ
جارية بينه وبين آخر فلا حد عليه لان الحرمة مؤبدة لانعدام الملك من وجه وكذا اذا قذف
امراة زنت في نصرانيتها لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها
الحد ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية او امراته وهي حائض او مكاتبة له فعليه
الحد لان الحرمة مع قيام الملك وهي موقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن ابي يوسف
ان وطء المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل في حق الوطء
ولهذا يلزمه العقر بالوطء ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذ هي موقتة
ولو قذف رجلا وطئ امته وهي اخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة مؤبدة وهذا هو
الصحيح ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة في الحرية لمكان اختلاف
الصحابة رضي الله عنهم ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم اسلم يحد عند ابي حنيفة وقالا لا حد عليه
وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما
وقد مر في النكاح واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد
وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في ان لا يؤذى فيكون ملتزما ان لا يؤذي
وموجب اذاه واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب وقال الشافعي
تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على
اهل الذمة لان له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده فان اسلم قبلت شهادته عليهم
وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم يدخل تحت الرد بخلاف
العبد اذا حد حد القذف ثم اعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له اصلا
في حال الرق فكان رد شهادته بعد العتق من تمام حده وان ضرب سوطا في قذف
ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفة له
والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون رد الشهادة صفة له وعن ابي يوسف رحمه الله
انه ترد شهادته لان الاقل تابع للاكثر والاول اصح قال ومن شرب او قذف او زنى
او سرق غير مرة فحد فهو لذلك كله اما الاولان فلان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى
الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الباقي
وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود
من الآخر فلا يتداخل واما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله تعالى فيكون ملحقا بهما
وقال الشافعي رحمه الله ان اختلف المقذوف او المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل
لان المغلب فيه حق العبد عنده والله اعلم

فصل في التعزير

ومن قذف عبدا

او امة او ام ولد او كافر بالزنا عزر لانه جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد لفقد
الاحصان فوجب التعزير وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث
او يا سارق لانه اذاه والحق الشين به ولا يدخل القياس في الحدود فوجب التعزير الا
انه يبلغ بالتعزير غايته في الجملة الاولى لانه من جنس ما يجب به الحد وفي الثانية الراي
الى الامام ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه ما الحق الشين به للتيقن بنفيه وقيل
في عرفنا يعزر لانه يعد شينا وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه
يلحقهم الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا احسن قال والتعزير اكثره
تسعة وثلثون سوطا واقله ثلث جلدات وقال ابو يوسف يبلغ التعزير خمسة وسبعين
سوطا والاصل فيه قوله عم من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين فاذا تعذر تبليغه
حدا فابو حنيفة ومحمد رح نظرا الى ادنى الحدود وهو حد العبد في القذف فصرفاه
اليه وذلك اربعون سوطا فنقصا منه سوطا وابو يوسف رح اعتبر اقل الحد في الاحرار اذ الاصل
هو الحرية ثم نقص سوطا في رواية عنه وهو قول زفر وهو القياس وفي هذه الرواية
نقص خمسة وهو ماثور عن علي رض فقلده ثم قدر الادنى في الكتاب بثلث جلدات
لان ما دونها لا يقع به الزجر وذكر مشايخنا رح ان ادناه ما يراه الامام يقدره بقدر
ما يعلم انه ينزجر به لانه يختلف باختلاف الناس وعن ابي يوسف انه على قدر عظم الجرم
وصغره وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب المس والقبلة من حد الزنا والقذف
بغير الزنا من حد القذف قال وان راى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس
فعل لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به في الجملة حتى جاز ان يكتفي به فجاز ان يضم
اليه ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد لانه من التعزير قال
واشد الضرب التعزير لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث
الوصف كيلا يؤدي الى فوات المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء
قال ثم حد الزنا لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة رض ولانه اعظم جناية
حتى شرع فيه الرجم ثم حد الشرب لان سببه متيقن به ثم حد القذف لان سببه محتمل
لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث
الوصف ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر لانه فعل بامر الشرع وفعل المامور
لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لانه
مطلق له والاطلاق يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي تجب الدية
في بيت المال لان الاتلاف خطأ فيه اذ التعزير للتاديب غير انه تجب الدية في بيت المال
لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى

بامره فصار كانه اماته من غير واسطة فلا يجب الضمان والله تعالى اعلم

كتاب السرقة

السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير على الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى
الا من استرق السمع وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة على ما يأتي بيانه ان شاء الله تعالى
والمعنى اللغوي مراعى فيها ابتداء وانتهاء او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار
واخذ المال من المالك مكابرة على الجهار وفي الكبرى اعني قطع الطريق مسارقة عين الامام
لانه هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك او من يقوم
مقامه قال اذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة
من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة
فاقطعوا ايديهما الاية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا يتحقق دونهما
والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تفتر في الحقير
وكذا اخذه لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها تختص بالخطير والتقدير بعشرة
دراهم مذهبنا وعند الشافعي التقدير بربع دينار وعند مالك بثلثة دراهم لهما
ان القطع على عهد رسول الله عم كان في ثمن المجن واقل ما نقل في تقديره ثلثة دراهم
والاخذ بالاقل وهو المتيقن به اولى غير ان الشافعي رح يقول كانت قيمة الدينار
على عهد رسول الله عم اثني عشر درهما والثلثة ربعها ولنا ان الاخذ بالاكثر في
هذا اولى احتيالا لدرء الحد وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية وهي دارئة
وقد تأيد ذلك بقوله عم لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم واسم الدراهم ينطلق
على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط ذلك المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر
الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها انقص من عشرة
مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه هو المتعارف في عامة
البلاد وقوله او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى ان غير الدراهم يعتبر قيمته بها
وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة للحدود وسنبينه
من بعد ان شاء الله تعالى قال والعبد والحر في القطع سواء لان النص لم يفصل ولان
التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس ويجب القطع باقراره مرة واحدة
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يقطع الا باقراره مرتين ويروى
عنه انهما في مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فيعتبر بالاخرى وهي البينة
كذا اعتبرنا في الزنا ولهما ان السرقة قد ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص
وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب و

ولا يفيد في الإقرار سارق لأنه لا يتهم وباب الرجوع في حق الحد لا يسد بالتكرار
والرجوع في حق المال لا يصح أصلاً لأن صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا
بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع قال ويجب بشهادة شاهدين لتحقق
الظهور كما في سائر الحقوق وينبغي أن يسألهما الإمام عن كيفية السرقة وماهيتها
وزمانها ومكانها للزيادة في الاحتياط كما مر في الحدود قال ويحبسه إلى أن يسأل عن الشهود
للتهمة قال وإذا اشترك جماعة في سرقة فأصاب كل واحد منهم عشرة قطع وإن أصابه أقل
من عشرة لم يقطع لأن الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب
في حقه والله أعلم

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لا قطع فيما يوجد تافهاً مباحاً
في دار الإسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ
والمغرة والنورة والأصل فيه حديث عائشة رضي الله عنها قالت كانت اليد لا تقطع
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه أي الحقير وما يوجد جنسه مباحاً في الأصل
بصورته غير مرغوب فيه حقير لقلة الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقلما يؤخذ
أخذه على كره من المالك فلا حاجة إلى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع بسرقة ما دون
النصاب ولأن الحرز فيها ناقص ألا ترى أن الخشب يلقى على الأبواب وإنما يدخل في الدار
للعمارة لا للإحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التي كانت
فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحد يندرئ بها ويدخل في السمك
المالح والطري وفي الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولإطلاق قوله عليه السلام
لا قطع في الطير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب القطع في كل شيء إلا في الطين والتراب
والسرقين وهو قول الشافعي رحمه الله والحجة عليهما ما ذكرناه قال ولا يقطع فيما يتسارع
إليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر
ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودي وقال عليه السلام لا قطع في الطعام والمراد والله أعلم
ما يتسارع إليه الفساد كالمهيأ للأكل منه وما في معناه كاللحم والثمر لأنه يقطع في
الحنطة والسكر إجماعاً وقال الشافعي يقطع فيها لقوله عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر
إلا ما آواه الجرين والجرين قطع قلنا أخرجه على وفاق العادة والذي يؤويه
الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال ولا قطع في الفاكهة على
الشجر والزرع الذي لم يحصد لعدم الإحراز ولا قطع في الأشربة المطربة لأن
السارق يتأول في تناولها الإراقة ولأن بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها
اختلاف فيتحقق شبهة عدم المالية قال ولا قطع في الطنبور لأنه من المعازف ولا
في سرقة المصحف وإن كان عليه حلية وقال الشافعي يقطع لأنه مال متقوم حتى

يجوز بيعه وعن أبي يوسف رحمه الله مثله وعنه أيضاً أنه يقطع إذا بلغت الحلية نصاباً
لأنها ليست من المصحف فيعتبر بانفرادها ووجه الظاهر أن الآخذ يتأول في أخذه
القراءة والنظر فيه ولأنه لا مالية له على اعتبار المكتوب وإحرازه لأجله لا للجلد و
الأوراق والحلية وإنما هي توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة
الآنية تربو على النصاب ولا يقطع في أبواب المسجد لعدم الإحراز فصار كباب الدار
بل أولى لأنه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة
متاعه قال ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد لأنه يتأول من أخذها
الكسر نهياً عن المنكر بخلاف الدراهم التي عليها التمثال لأنه ما أعد للعبادة فلا تثبت
شبهة إباحة الكسر وعن أبي يوسف أنه إن كان الصليب في المصلى لا يقطع لعدم الحرز
وإن كان في بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز ولا قطع على سارق الصبي الحر
وإن كان عليه حلي لأن الحر ليس بمال وما عليه من الحلي تبع له ولأنه يتأول في أخذ الصبي
إسكاته وحمله إلى مرضعته وقال أبو يوسف يقطع إذا كان عليه حلي هو نصاب لأنه يجب
القطع بسرقته وحده وكذا غيره وعلى هذا إذا سرق إناء فضة فيه نبيذ أو ثريد
والخلاف في الصبي الذي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه ولا قطع في سرقة
العبد الكبير لأنه غصب أو خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير لتحقق بحدها
إلا إذا كان يعبر عن نفسه لأنه والبالغ سواء في اعتبار يده وقال أبو يوسف لا يقطع
وإن كان صغيراً لا يعقل ولا يتكلم استحساناً لأنه آدمي من وجه مال من وجه ولهما أنه
مال مطلق لكونه منتفعاً به أو بعرض أن يصير منتفعاً به إلا أنه انضم إليه معنى
الآدمية ولا قطع في الدفاتر كلها لأن المقصود ما فيها وذلك ليس بمال إلا في
دفاتر الحساب لأن ما فيها لا يقصد بالأخذ فكان المقصود هو الكواغد قال ولا في
سرقة كلب ولا فهد لأن من جنسها ما يوجد مباح الأصل غير مرغوب فيه ولأن
الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فأورث شبهة ولا قطع في سرقة دف
ولا طبل ولا بربط ولا مزمار لأن عندهما لا قيمة لها وعند أبي حنيفة رحمه الله آخذها يتأول
الكسر فيها ويقطع في الساج والقنا والأبنوس والصندل لأنها أموال محرزة
لكونها عزيزة عند الناس ولا يوجد بصورتها مباحاً في دار الإسلام ويقطع
في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد لأن هذه الأشياء من أعز الأموال
وأنفسها ولا يوجد مباح الأصل في صورتها في دار الإسلام غير مرغوب فيها
فصار كالذهب والفضة وإذا اتخذ من الخشب أواني وأبواب قطع فيها
لأنها بالصنعة التحقت بالأموال النفيسة ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصير

لان الصنعة فيه تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي المصنوع البعد آنية فالواجب
القطع في سرقتها لان الغلبة للصنعة على الاصل ما لم يجب في قطع المركب ولم يجب الا لخفيفا
ان يشتغل على الواحد جملة لان المتقبل منه لا يرغب في سرقته ولا قطع على خائن ولا خائنة
لقصور في الحرز قال ولا منتهب ولا مختلس لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال النبي عم
لا قطع على مختلس ولا منتهب ولا خائن ولا قطع على النباش وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف والشافعي عليه القطع لقوله عم من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز
مثله فيقطع فيه ولهما قوله عم لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة اهل المدينة ولان
الشبهة تمكنت في الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت
وقد تمكن الخلل في المقصود وهو الانزجار لان الجناية في نفسها نادرة الوجود وما رواه
غير مرفوع او هو محمول على السياسة وان كان القبر في بيت مقفل فهو على هذا الخلاف
في الصحيح لما قلنا وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا ولا يقطع
السارق من بيت المال لانه مال العامة وهو منهم قال ولا من مال للسارق فيه شركة
لما بينا ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال
والمؤجل فيه سواء استحسانا لان التأجيل لتأخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة
على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه وان سرق منه عروضا قطع لانه ليس له
ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضي وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لان له ان يأخذه
عند بعض العلماء قضاء من حقه او رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر
فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن في موضع الخلاف
ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع
لان النقود جنس واحد ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد فسرقها وهي
بحالها لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رح وهو قول الشافعي
لقوله عم فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل اقبح لتقدم
الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة
ولنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله وبالرد الى
المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام
الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف لاختلاف سببه ولان تكرار
الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فيعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار
كما اذا قذف المحدود في قذف المقذوف الاول قال فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون
غزلا فسرقه وقطع فيه فرده ثم نسج فعاد وسرقه قطع لان العين قد تبدلت ولهذا

ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل في كل محل واذا تبدلت انتفت الشبهة
الناشئة عن اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا والله تعالى اعلم

فصل في الحرز والاخذ منه

قال ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع فالاول وهو الولاد
للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا اباح الشرع النظر
الى مواضع الزينة الظاهرة فيها بخلاف الصديق لانه عادى بالسرقة وفي الثاني
خلاف الشافعي لانه الحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق ولو سرق من بيت ذي
رحم محرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز
وعدمه وان سرق من امه من الرضاعة قطع وعن ابي يوسف رح انه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير
استيذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاعة لانعدام هذا المعنى فيها عادة و
والظاهر انه لا فرق بينه والحرمة بينهما لا تحرم كما اذا ثبت بالزنا والتقبيل عن شهوة
واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاعة قلما تشتهر فلا بسوطة تحرزا
عن موقف التهمة بخلاف النسب واذا سرق احد الزوجين من الآخر او العبد من سيده
او من امرأة سيده او من زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن بالدخول عادة و
وان سرق احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا
للشافعي للبسوطة بينهما في الاموال عادة ودلالة وهو نظير الاختلاف في
الشهادة ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع لان له في اكسابه حقا وكذلك
السارق من المغنم لان له فيه نصيبا وهو مأثور عن علي رض درءا وتعليلا قال
والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالدور والبيوت وحرز بالحافظ قال رض الحرز لابد
منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز
الامتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ
كمن جلس في الطريق او في المسجد وعنده متاع فهو محرز به وقد قطع رسول الله عم
من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد وفي المحرز بالمكان لا يعتبر
الاحراز بالحافظ هو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب او كان
وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء لقصد الاحراز الا انه لا يجب
القطع الا بالاخراج منه لقيام يده قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع
فيه كما اخذه لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فيتم السرقة ولا فرق بين
ان يكون الحافظ مستيقظا او نائما والمتاع تحته او عنده هو الصحيح لانه يعد
النائم عند متاعه حافظا له في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله

لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى قال ومن سرق شيئا من حرز او من غير حرز
وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين ولا قطع على من سرق من حمام
او بيت اذن للناس في دخوله لوجود الاذن عادة او حقيقة في الدخول فاختل الحرز
ويدخل في ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال
وانما الاذن يختص بالنهار ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه محرز
بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت
الذي اذن للناس في دخوله حيث لا يقطع لانه بني للاحراز وكان المكان حرزا فلا يعتبر
الاحراز بالحافظ ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه لان البيت لم يبق حرزا
في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة
ومن سرق ولم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج
منها ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فيتمكن شبهة عدم الاخذ وان كانت دار
فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة باعتبار ساكنها حرز
على حدة وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما بينا
واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المتاع وناوله اخر خارج البيت فلا قطع عليهما
لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه و
والثاني لم يوجد منه هتك الحرز فلم يتم السرقة من كل واحد وعن ابي يوسف رح انه
ان اخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده
فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهي بناء على مسئلة تاتي بعدها ان شاء الله
وان القاه في الطريق ثم خرج فاخذه قطع وقال زفر لا يقطع لان الالقاء غير موجب
للقطع كما لو خرج ولم ياخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو اخذه غيره ولنا ان الرمي
حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع او ليتفرغ لقتال صاحب الدار او
الفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم ياخذه
فهو مضيع لا سارق قال وكذلك ان حمل على حمار فساقه واخرجه لان سيره مضاف
اليه بسوقه واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال رض
وهذا استحسان والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر لان الاخراج وجد منه
فتمت السرقة به ولنا ان الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى
وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع فلو امتنع
القطع ادى الى سد باب الحد ومن نقب البيت وادخل يده فيه واخذ شيئا
لم يقطع وعن ابي يوسف رح في الاملاء انه يقطع لانه اخرج المال من الحرز وهو المقصود ولا

يشترط الدخول فيه كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فاخذ الغطريفي
ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول
وقد امكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال
اليد دون الدخول بخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد وان
طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم قطع لان في الوجه الاول
الرباط من خارج فلا يتحقق الاخذ من الظاهر ولم يوجد هتك من داخل فبالطر
يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين
ينعكس الجواب لانعكاس العلة وعن ابي يوسف رح انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم
او بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة او الاستراحة فاشبه
الجوالق وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود فيتمكن
شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة
ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع
وان شق الحمل واخذ منه قطع لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع
الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع وان سرق جوالقا
فيه متاع وصاحبه عنده يحفظه او نائم عليه قطع ومعناه اذا كان الجوالق في موضع
هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا للحفظ
وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا
عادة وكذا النوم بقربه على ما اخترناه من قبل وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم
عليه او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار والله اعلم

فصل قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم فالقطع لما تلوناه من قبل
واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رض ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط
وهذا المفصل اعني الرسغ متيقن به كيف وقد صح ان النبي عم امر بقطع يد السارق
من الزند والحسم لقوله عم فاقطعوه واحسموه ولانه لو لم يحسم يفضي الى التلف والحد
زاجر لا متلف وان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد
في السجن حتى يتوب وهذا استحسان ويعزر ايضا ذكره المشايخ رح وقال الشافعي رح
في الثالثة يقطع يده اليسرى وفي الرابعة يقطع رجله اليمنى لقوله عم من سرق فاقطعوه
فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو
مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى في كونها جناية بل فوقها فيكون ادعى الى شرع
الحد ولنا قول علي رض اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها

ولا رجل يمشي عليها وبهذا حاج بقية الصحابة فحجهم فانعقد اجماعا ولانه اهلاك معنى
لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحد زاجر لا متلف ولا وجود للزجر فيما يغلب
بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما امكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوي
او يحمل على السياسة وان كان السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى
لم يقطع لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا او مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى
شلاء لما قلنا وكذا اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان منها سوى
الابهام لان قوام البطش بالابهام فان كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة
او شلاء قطع لان فوت الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا في البطش بخلاف فوات
الاصبعين لانهما ينزلان منزلة الابهام في نقصان البطش واذا قال الحاكم للحداد
اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا او خطأ فلا شيء عليه عند ابي حنيفة رح
وقالا لا شيء عليه ويضمن في العمد وقال زفر يضمن في الخطأ ايضا وهو القياس
والمراد هو الخطأ في الاجتهاد اما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا
او قيل يجعل عذرا ايضا له انه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع
فيضمنها قلنا انه اخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد
موضوع ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تأويل له لانه تعمد الظلم فلا يعفى
وان كان في المجتهد وكان ينبغي ان يجب القصاص الا انه امتنع للشبهة ولابي حنيفة
انه اتلف واخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله
بمثل قيمته ثم رجع وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن ايضا هو الصحيح ولكن
لغرم السارق يساره وقال هذا يمين لا يضمن بالاتفاق لان قطعه بامره ثم في
العمد عنده عليه ضمان المال لانه لم يقطع حدا وفي الخطأ كذلك على جواب الطريقة
وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن ولا يقطع السارق الا ان يحضر المسروق منه
فيطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا
خلافا للشافعي في الاقرار لان الجناية على ملك الغير لا يظهر الا بخصومته وكذا اذا غاب
عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود قال وللمستودع والغاصب
وصاحب الربا ان يقطع السارق منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذلك
المغصوب منه وقال زفر والشافعي لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف
المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن
وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك في السرقة من هؤلاء الا الراهن
الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لا حق له في المطالبة

بالعين بدونه والشافعي بناء على اصله ان الخصومة لا تشترط في الاستيفاء عنده
ولزفر انه يقبل ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا يظهر في حق
القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت
عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا
اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفى القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه
وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر بشبهة موهوم الاعتراض كما اذا
حضر المالك وغاب المرتهن فانه يقطع بخصومته في ظاهر الرواية وان كانت بشبهة الاذن
في دخول الحرز ثابتة فان سارق سرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع
السارق الثاني لان المال غير متقوم في حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك
فلم ينعقد موجبه في نفسها وللاول ولاية الخصومة في الاسترداد في رواية لحاجته
اذ الرد واجب عليه ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول او بعدما درئ القطع
يقطع بخصومتهما لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار
كالغاصب ومن سرق فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن ابي يوسف
انه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة شرط لظهور
السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت
بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة بحصول مقصودها فتبقى تقديرا واذا قضى
القاضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع معناه اذا سلمت وكذلك اذا
باعها المالك اياه وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن ابي يوسف رح لان السرقة
قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لا يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة
ولنا ان الامضاء من القضاء في هذا الباب لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء
للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة
عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء قال وكذلك اذا انتقصت قيمتها
من النصاب يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد رح انه يقطع وهو قول زفر
والشافعي اعتبارا بالنقصان في العين ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط
قيامه عند الامضاء لما ذكرنا بخلاف النقصان في العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب
عينا ودينا كما اذا استهلكه كله اما نقصان السعر غير مضمون فافترقا واذا ادعى السارق
ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة معناه بعدما شهد الشاهدان
بالسرقة وقال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي
الى سد باب الحد ولنا ان الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر

بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار واذا اقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي
لم يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع ومورث للشبهة في حق الاخر لان السرقة
تثبت باقرارهما على الشركة الاخر وهو قولهما وكان اولا يقول لا يقطع لانه لو حضر
ربما يدعي الشبهة وجه قوله الاخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى
معدوما والعدم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر واذا
اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع والعشرة للمسروق منه وقال محمد
لا يقطع والعشرة للمولى ومعناه اذا كذبه المولى ولو اقر بسرقة مال مستهلك قطع
ولو كان العبد مأذونا له يقطع في الوجوه كلها وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها لان
الاصل عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد على نفسه
وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا ان المأذون له
يؤاخذ بالضمان والمال لصحة اقراره لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح
اقراره بالمال ايضا ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه ادمي ثم يتعدى الى المالية
فيصح من حيث انه مال ولانه لا تهمة في هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله
مقبول على الغير لمحمد رحمه في المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه
بالغصب فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد في سرقة مال المولى يؤيده ان المال اصل فيها
والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال دونه وفي عكسه
لا تسمع ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل في التبع بخلاف المأذون لان اقراره
بالمال الذي في يده صحيح فيصح في حق القطع تبعا ولابي يوسف رح انه اقر بشيئين
بالقطع وهو على نفسه فيصح لما ذكرنا وبالمال وهو على المولى فلا يصح في حقه فيه
والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الحر في حقيقة الثوب صح ولا يؤخذ من زيد ولابي حنيفة
ان الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة
البقاء والمال في حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى
القطع بعد استهلاكه بخلاف مسألة الحر لان القطع يجب بالسرقة من المودع اما لا
بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى في الفصول كلها لزوال المانع
واذا قطع السارق والعين قائمة في يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه
وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهذه رواية
ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو المشهور وروى الحسن عنه انه يضمن بالاستهلاك وقال
الشافعي يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سببهما فلا يمتنعان فالقطع حق الشرع
وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه اخذ المال فصار كاستهلاك

كاستهلاك صيد مملوك في الحرم او شرب خمر مملوكة للذمي ولنا قوله عم لا غرم على السارق
بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يتملكه باداء الضمان مستندا
الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع وما يؤدي الى انتفائه فهو
المنتفي ولان المحل لا يبقى معصوما حقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع
للشبهة فيصير محرما حقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا ان العصمة لا يظهر سقوطها
في حق الاستهلاك لانه فعل اخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة
تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر
الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها
في حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال ومن سرق سرقات فقطع في احداها فهو لجميعها
ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها ومعنى المسألة
اذا حضر احدهم فان حضروا جميعا وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيئا
بالاتفاق في السرقات كلها لهما ان الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر
السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت اموالهم معصومة وله ان الواجب
بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور
عند القاضي اما الوجوب بالجناية فاذا استوفى فالمستوفى كل الواجب الا ترى انه
يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد
فخاصم في البعض والله اعلم

باب السارق في السرقة

ومن سرق ثوبا فشقه
في الدار بنصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع
لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون فصار
كالمشتري اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ولهما ان الشق سبب الضمان لا للملك
وانما الملك يثبت ضرورة اداء الضمان كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ومثله لا يورث
الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع
لافادة الملك وان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاجماع لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ
فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان
يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة
ولو سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه
ومن سرق ذهبا او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه
وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا سبيل
للمسروق منه عليهما واصله في الغصب وهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب

الحد لا فيشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه
صار بالصنعة شيئا آخر فلم يملك عينه فان سرق ثوبا فصبغه احمر فقطع فلم يؤخذ منه
الثوب ولم يضمن وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطي
ما زاد الصبغ فيه اعتبارا بالغصب والجامع كون الثوب اصلا قائما وكون الصبغ تابعا
ولهما ان الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو اراد اخذه مصبوغا يضمن ما زاد
الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى الا ترى انه غير مضمون على
السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغاصب لان كل واحد منهما قائم
صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك لما ذكرنا وان صبغه اسود
اخذ منه الثوب في المذهبين يعني عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف هذا والاول سواء
لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد ايضا زيادة كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك
وعند ابي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك والله اعلم

باب قطع الطريق

وإذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع
الطريق فاخذوا قبل ان يأخذوا مالا ولا قتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة
وان اخذوا مال مسلم او ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة
دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا
ولم يأخذوا مالا قتلهم الامام حدا والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله
ورسوله والمراد منه والله اعلم التوزيع على الاحوال وهي اربعة هذه الثلثة المذكورة
والرابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق تغلظ
الحكم بتغلظها اما الحبس في الاولى فلانه المراد بالنفي المذكور ولانه نفي عن وجه الارض
بدفع شرهم عن اهلها ويعزرون ايضا لمباشرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة
على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلونا
وشرط ان يكون المأخوذ مال مسلم او ذمي ليكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق
على المستأمن لا يجب القطع وشرط كمال النصاب في حق كل واحد كيلا يستباح طرفه الا
بتناوله ما له خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كيلا يؤدي الى تفويت
جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناها لما تلونا ويقتلون حدا حتى لو عفى الاولياء
لا يلتفت الى عفوهم لانه حق الشرع والرابعة اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار
ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم
وقال محمد رحمه الله يقتل او يصلب ولا يقطع لانه جناية واحدة فلا يوجب حدين ولان
ما دون النفس يدخل في النفس في باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما ان هذه

عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل
واخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا في
الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين
الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه لا يتركه لانه منصوص عليه
والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول اصل التشهير بالقتل والمبالغة
بالصلب فيتخير فيه ثم قال يصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت ومثله عن الكرخي
وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح ان الصلب
على هذا الوجه ابلغ في الردع وهو المقصود به قال ولا يصلب اكثر من ثلثة ايام
لانه يتغير بعدها فيتأذى الناس به وعن ابي يوسف رحمه الله انه يترك على خشبة حتى
يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة
قال واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه في مال اخذه اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد
بيناه وان باشر القتل احدهم اجري الحد باجمعهم لانه جزاء المحاربة وهي تتحقق
بان يكون البعض ردءا للبعض حتى اذا زلت اقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط
القتل من واحد منهم وقد تحقق والقتل ان كان بعصا او بحجر او بسيف فهو سواء
لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح
اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء لانه
لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولي وان اخذ
مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى
سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال وان اخذ بعد ما تاب وقد قتل
عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤوا عفوا عنه لان الحد في هذه الجناية لا يقام
بعد التوبة للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا
قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص
او يعفو ويجب الضمان اذا هلك في يده او استهلكه وان كان في القطاع صبي او
مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فالمذكور في
الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء يحد
الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له ان المباشر اصل والردء تابع ولا خلل
في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما
انه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين
بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد واما ذو الرحم المحرم

فقد قيل تأويله إذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم والأصح أنه مطلق لأن جملته واحدة
على ما ذكرناه فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في حق الباقين بخلاف ما إذا كان
فيهم مستأمن لأن الامتناع في حقه لخلل في العصمة وهو يخصه أما ههنا الامتناع لخلل
في الحرز والقافلة حرز واحد وإذا سقط الحد صار القتل إلى الأولياء لظهور حق العبد
على ما ذكرنا فإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا عفوا عنه وإن قطع بعض القافلة الطريق على بعض
لم يجب الحد لأن الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة ومن قطع الطريق ليلا أو نهارا
في المصر أو بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق استحسانا والقياس أن يكون قاطع الطريق
وهو قول الشافعي لوجوده حقيقة وعن أبي يوسف رح أنه يجب إن كان خارج المصر وإن كان
بقربه لأنه لم يلحقه الغوث وعنه إن قاتلوا نهارا بالسلاح أو ليلا به أو بالخشب فهم قطاع
الطريق لأن السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول إن قطع الطريق
بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وبقرب منه لأن الظاهر لحوق الغوث إلا أنهم
يؤاخذون برد المال إيصالا للحق إلى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية
وإن قتلوا فالأمر فيه إلى الأولياء لما بينا ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته
عند أبي حنيفة وهي مسألة القتل بالمثقل وسنبينه ذلك في الديات إن شاء الله تعالى وإن
خنق في المصر غير مرة قتل به لأنه صار ساعيا في الأرض بالفساد فيدفع شره بالقتل والله أعلم

كتاب السير

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الأمور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه
قال الجهاد فرض على الكفاية إذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين أما الفرضية
فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين ولقوله عليه السلام الجهاد ماض إلى يوم القيامة وأريد به فرض باق
وهو فرض على الكفاية لأنه ما فرض لعينه إذ هو إفساد في نفسه وإنما فرض لإعزاز دين الله
تعالى ودفع الشر عن العباد فإذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة
الجنازة ورد السلام فإن لم يقم به أحد أثم جميع الناس بتركه لأن الوجوب على الكل
ولأن في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية إلا
أن يكون النفير عاما فحينئذ يصير فرض عين لقوله تعالى انفروا خفافا
وثقالا الآية وفي الجامع الصغير الجهاد واجب إلا أن المسلمين في سعة حتى يحتاج
إليهم فأول هذا الكلام إشارة إلى الوجوب على الكفاية وآخره إلى النفير العام وهذا
لأن المقصود عند ذلك لا يتحصل إلا بإقامة الكل فيفترض على الكل قال وقتال الكفار
واجب وإن لم يبدؤوا للعمومات ولا يجب الجهاد على صبي لأن الصبا مظنة المرحمة ولا عبد
ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج ولا أعمى ولا مقعد ولا أقطع لعجزهم فإن هجم

العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير إذن زوجها والعبد بغير إذن
مولاه لأنه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الأعيان كما في
الصلاة والصوم بخلاف ما قبل النفير لأن بغيرهما مقنعا فلا ضرورة إلى إبطال حق المولى
والزوج ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء لأنه يشبه الأجر ولا ضرورة إليه لأن مال
بيت المال معد لنوائب المسلمين قال وإن لم يكن فلا بأس بأن يقوي بعضهم بعضا لأن
فيه دفع الضرر الأعلى بإلحاق الأدنى يؤيده أن النبي عليه السلام أخذ دروعا من صفوان وعمر رض
كان يغزي الأعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد والله تعالى أعلم

باب كيفية القتال

وإذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا مدينة أو حصنا دعوهم إلى الإسلام لما روى
ابن عباس رض أن النبي عليه السلام ما قاتل قوما حتى دعاهم إلى الإسلام قال فإن أجابوا كفوا عن
قتالهم لحصول المقصود وقد قال عليه السلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله الحديث
فإن امتنعوا دعوهم إلى أداء الجزية به أمر رسول الله عليه السلام أمراء الجيوش ولأنه أحد ما ينتهي
القتال إليه على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين
وعبدة الأوثان من العرب لا فائدة في دعائهم إلى قبول الجزية لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام
قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون فإن بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين
لقول علي رض إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا والمراد بالبذل
القبول وكذا المراد بالإعطاء المذكور فيه في القرآن والله أعلم ولا يجوز أن يقاتل من لم
تبلغه الدعوة إلى الإسلام إلا أن يدعوه لقوله عليه السلام في وصية أمراء الأجناد فادعهم
إلى شهادة أن لا إله إلا الله ولأنهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب
الأموال وسبي الذراري فلعلهم يجيبون فنكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة
أثم للنهي ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الإحراز بالدار فصار كقتل
النسوان والصبيان ويستحب أن يدعو من بلغته الدعوة مبالغة في الإنذار ولا يجب
ذلك لأنه صح أن النبي عليه السلام أغار على بني المصطلق وهم غارون وعهد إلى أسامة رض أن
يغير على أبنى صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة قال فإن أبوا استعانوا بالله تعالى عليهم
وحاربوهم لقوله عليه السلام في حديث سليمان بن بريدة فإن أبوا ذلك فادعهم إلى إعطاء
الجزية إلى أن قال فإن أبوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولأنه تعالى هو الناصر لأوليائه
والمدمر على أعدائه فيستعان به في كل الأمور قال ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله عليه السلام
على الطائف وحرقوهم لأنه عليه السلام أحرق البويرة قال وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم
وأفسدوا زروعهم لأن في جميع ذلك إلحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق

جميعهم فيكون مشروعا ولا بأس برميهم وإن كان فيهم مسلم أسير أو تاجر لأن في الرمي دفع
الضرر العام بالذب عن بيضة الإسلام وقتل الأسير والتاجر ضرر خاص ولأنه
قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه وإن تترسوا بصبيان المسلمين
أو بالأسارى لم يكفوا عن رميهم لما بينا ويقصدون بالرمي الكفار لأنه إن تعذر التمييز
فعلا فلقد أمكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة
لأن الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض بخلاف حالة المخمصة لأنه لا يمتنع مخافة
الضمان لما فيه من إحياء نفسه أما الجهاد فبني على إتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان
ولا بأس بإخراج النساء والمصاحف مع المسلمين إذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه لأن
الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره إخراج ذلك في سرية لا يؤمن عليها لأن فيه
تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فإنهم
يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التأويل الصحيح لقوله عليه السلام لا تسافروا بالقرآن
في أرض العدو ولو دخل مسلم إليهم بأمان لا بأس بأن يحمل معه المصحف إذا كانوا قوما يوفون
بالعهد لأن الظاهر عدم التعرض والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لإقامة عمل يليق بهن
كالطبخ والسقي والمداواة وأما الشواب فمقامهن في البيوت أدفع للفتنة ولا يباشرن
القتال لأنه يستدل به على ضعف المسلمين إلا عند الضرورة ولا يستحب إخراجهن
للمباضعة والخدمة فإن كانوا لا بد مخرجين فبالإماء دون الحرائر ولا تقاتل المرأة إلا بإذن
زوجها ولا العبد إلا بإذن سيده لما بينا إلا أن يهجم العدو للضرورة وينبغي للمسلمين
أن لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه السلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول
السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين
منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا
ولا أعمى لأن المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع
اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد والأعمى
لأن المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بينا وقد صح أن النبي عليه السلام نهى عن قتل الصبيان والذراري
وحين رأى عليه السلام امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت قال إلا أن
يكون أحد هؤلاء ممن له رأي في الحرب أو تكون المرأة ملكة لتعدي ضررها
إلى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولأن القتال مبيح حقيقة ولا يقتلوا
مجنونا إلا أن يقاتل فيقتل دفعا لشره غير أن الصبي والمجنون
يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا بأس بقتله بعد الأسر لأنه من أهل العقوبة لتوجه الخطاب
نحوه وإن كان يجن ويفيق فهو في حال إفاقته كالصحيح ويكره أن يبتدئ الرجل أباه

أباه من المشركين فيقتله لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولأنه يجب عليه
إحياؤه بالإنفاق فيناقضه الإطلاق في إفنائه فإن أدركه امتنع عليه حتى يقتله
غيره لأن المقصود يحصل بغيره من غير اقتحامه المأثم وإن قصد الأب قتله بحيث
لا يمكنه دفعه إلا بقتله لا بأس به لأن مقصوده الدفع ألا ترى أنه لو شهر الأب
المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه إلا بقتله يقتله لما بينا فهذا أولى والله أعلم

باب الموادعة ومن يجوز أمانه

أي المصالحة

وإذا رأى الإمام أن يصالح أهل الحرب أو فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين
فلا بأس به لقوله تعالى وإن جنحوا للسلم فاجنح لها ووادع رسول الله عليه السلام أهل مكة عام
الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولأن الموادعة جهاد معنى
إذا كان خيرا للمسلمين لأن المقصود وهو دفع الشر حاصل به ولا يقتصر الحكم على
المدة المروية لتعدي المعنى إلى ما زاد عليها بخلاف ما إذا لم يكن خيرا لأنه ترك الجهاد
صورة ومعنى وإن صالحهم مدة ثم رأى أن نقض الصلح أنفع نبذ إليهم وقاتلهم
لأنه عليه السلام نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة ولأن المصلحة لما تبدلت كان
النبذ جهادا وإيفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر
وقال عليه السلام في العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ خبر النبذ إلى جميعهم
ويكتفى في ذلك بمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من إنفاذ الخبر إلى أطراف
مملكته لأن بذلك ينتفي الغدر وإن بدؤوا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ إليهم إذا كان ذلك
باتفاقهم لأنهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة إلى نقضه بخلاف ما إذا دخل جماعة منهم
فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد في حقهم ولو كانت
لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد في حقهم دون غيرهم لأنه
بغير إذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان بإذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد
لأنه باتفاقهم معنى وإن رأى الإمام موادعة أهل الحرب وأن يأخذوا على ذلك مالا
فلا بأس به لأنه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا إذا كان بالمسلمين
حاجة أما إذا لم يكن فلا يجوز لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف في مصارف الجزية
إذا لم ينزلوا بساحتهم بل أرسلوا رسولا لأنه في معنى الجزية أما إذا أحاط الجيش بهم
ثم أخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لأنه مأخوذ بالقهر معنى وأما
المرتدون فيوادعهم حتى ينظروا في أمرهم لأن الإسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم
طمعا في إسلامهم ولا يأخذ عليه مالا لأنه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما نبينه ولو
أخذه لم يرده لأنه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة

على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة من اهل
الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن ولا ينبغي ان
يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم لان النبي عم نهى عن بيع السلاح من اهل الحرب
وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذا
الحديد لانه اصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض او الانقضاء
فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص لانه عم
امر ثمامة ان يمير اهل مكة وهم حرب عليه

فصل

واذا امن رجل حر او امرأة حرة
كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم و
والاصل فيه قوله عم المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم اي اقلهم وهو
الواحد ولانه من اهل القتال فيخافونه اذ هو من اهل المنعة فيتحقق الامان منه لملاقاته
محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزى وهو الايمان وكذا الامان لا يتجزى فيتكامل
كولاية الانكاح قال الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم كما اذا امن الامام بنفسه
ثم راى المصلحة في النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش
وفيه مفسدة ينبذ الامان لما بيناه ويؤدبه الامام لافتياته على رايه بخلاف ما اذا كان فيه نظر
لانه ربما يفوت المصلحة بالتاخير فكان معذورا ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم
وكذا لا ولاية له على المسلم ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم لانهما مقهوران تحت ايديهم
فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة
ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح لنا باب
الفتح ومن اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه لما بينا قال ولا يجوز
امان العبد عند ابي حنيفة رح الا ان ياذن له مولاه في القتال وقال محمد رح يصح امانه
وهو قول الشافعي وابو يوسف معه في رواية ومع ابي حنيفة في رواية لمحمد رحمه الله
قوله عم امان العبد امان رواه ابو موسى الاشعري رض ولانه مؤمن ممتنع فيصح امانه
اعتبارا بالماذون له في القتال وللمؤثر من الاسلام والامتناع لكونه شرطا في العبادة
والجهاد عبادة والامتناع لتحقق ازالة الخوف والتاثير اعزاز الدين واقامة
المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة وانما لا يملك المسابقة
لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولابي حنيفة انه محجور عن القتال
فلا يصح امانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف الماذون في القتال
لان الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسابقة لما انه تصرف في حق المولى على
وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال وفيه ما ذكرناه لانه

لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف الماذون لانه رضي به
والخطاب والمباشرة القتال وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة
اليه ولانه مقابل بالجزية ولانه مفروض عند سؤالهم ذلك وفي اسقاط الفرض نفع فافترقا
ولا امان الصبي وهو يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فهو على
الخلاف وان كان ماذونا له في القتال فالاصح انه يصح بالاتفاق والله اعلم

باب الغنائم وقسمتها

واذا فتح الامام بلدة عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمها
بين المسلمين كما فعل رسول الله عم بخيبر وان شاء اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية
وعلى اراضيهم الخراج وكذا فعل عمر رض بسواد العراق بموافقة من الصحابة رض ولم يحمد
من خالفه وفي كل ذلك قدوة فيتخير وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين
والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني وهذا في العقار اما في المنقول
المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي
لان في المن ابطال حق الغانمين او ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير
معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم راسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه
ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة
والمؤن مرتفعة مع ما انه يحظى به الذين ياتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد
جل مالا لدوامه وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر
ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة قال وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم
لانه عم قد قتل ولان فيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم
مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا الا مشركي
العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء الله تعالى ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب فان فيه
تقويتهم على المسلمين فان اسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه وله ان يسترقهم
توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد
السبب بعد ولا يفادى بهم اسارى المسلمين وهو قول ابي حنيفة رض وقالا يفادى
بهم اسارى المسلمين وهو قول الشافعي لان فيه تخليص المسلمين وهو اولى من قتل
الكافر والانتفاع به وله ان فيه معونة الكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه
خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقي في ايديهم كان ابتلاء في حقه غير مضاف
الينا والتمكين من دفع اسيرهم اليهم مضاف الينا اما المفاداة بمال ناخذه منهم لا يجوز في
المشهور من المذهب لما بيناه وفي السير الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة
استدلالا باسارى بدر ولو كان اسلم الاسير في ايدينا لا يفادى بمسلم اسير في ايديهم

لأنه لا يفيد إلا إذا طابت نفسه وهو مأمون على إسلامه ولا يجوز المن عليهم أي على الأسارى
خلافا للشافعي فإنه يقول قد منّ رسول الله على بعض الأسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى
اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولأنه بالإسار والقهر ثبت حق الاسترقاق فيه
فلا يجوز إسقاطه بغير منفعة وعوض وما رواه منسوخ بما تلونا وإذا أراد الإمام العود
ومعه مواش فلم يقدر على نقلها إلى دار الإسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها
وقال الشافعي يتركها لأنه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة إلا لمأكلة ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض
ولا غرض أصح من كسر شوكة الأعداء ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار
كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لأنه منهي عنه وبخلاف العقر لأنه مثلة وتحرق
الأسلحة أيضا وما لا يحترق منها يدفن في موضع لا يقف عليه الكفار إبطالا للمنفعة
عليهم قال ولا يقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرجها إلى دار الإسلام وقال الشافعي رحمه الله
لا بأس بذلك وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الإحراز بدار الحرب عندنا وعنده
يثبت ويبتنى على هذا الأصل عدة من المسائل ذكرناها في كفاية المنتهي له أن سبب
الملك الاستيلاء إذا ورد على مال مباح كما في الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى إثبات اليد وقد تحقق
ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فيدخل
تحته ولأن الاستيلاء إثبات اليد الحافظة والناقلة والثاني منعدم لقدرتهم على
الاستنقاذ ووجوده ظاهرا ثم قيل موضع الخلاف ترتب الأحكام على القسمة إذا قسم
الإمام لا عن اجتهاد لأن حكم الملك لا يثبت بدونه وقيل الكراهة وهي كراهة تنزيه عند محمد
فإنه قال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الأفضل
أن يقسم في دار الإسلام ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح إلا أنه تقاعد عن سلب
الجواز فلا يتقاعد عن إيراث الكراهة قال والردء والمقاتل في العسكر سواء لاستوائهم
في السبب وهو المجاوزة أو شهود الوقعة على ما عرف وكذا إذا لم يقاتل لمرض أو غيره
لما ذكرنا وإذا لحقهم المدد في دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة إلى دار الإسلام شاركوهم
فيها خلافا للشافعي بعد انقضاء القتال وهو بناء على ما مهدناه من الأصل وإنما ينقطع
حق المشاركة عندنا بالإحراز أو بقسمة الإمام في دار الحرب أو ببيعه المغانم فيها
لأن بكل واحد منها يتم الملك في الغنيمة فينقطع شركة المدد قال ولا حق لأهل سوق العسكر
في الغنيمة إلا أن يقاتلوا وقال الشافعي في أحد قوليه يسهم لهم لقوله عليه السلام الغنيمة
لمن شهد الوقعة ولأنه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا أنه لم يوجد المجاوزة
على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق
على حسب حاله فارسا أو راجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنه أو تأويله أنه شهد

على قصد القتال وإن لم يكن للإمام حمولة يحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة
إيداع ليحملوها إلى دار الإسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها قال رضي الله عنه هكذا ذكر في المختصر
ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجملة في هذا أن الإمام إذا وجد في المغنم
حمولة يحمل الغنائم عليها لأن الحمولة والمحمول مالهم وكذا إذا كان في بيت المال فضل حمولة
لأنه مال المسلمين ولو كان للغانمين أو لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير
لأنه ابتداء إجارة وصار كما إذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم
في رواية السير الكبير لأنه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص ولا يجوز بيع الغنائم
قبل القسمة في دار الحرب لأنه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بينا الأصل
ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد إخراجها
إلى دار الإسلام فنصيبه لورثته لأن الإرث يجري في الملك ولا ملك قبل الإحراز وإنما
الملك بعده وقال الشافعي رحمه الله من مات بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك
فيه عنده وقد بيناه ولا بأس بأن يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من
الطعام قال رضي الله عنه أرسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في أخرى
وجه الأولى أنه مشترك فلا يباح الانتفاع به إلا للحاجة كما في الثياب والدواب وجه الأخرى
قوله عليه السلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولأن الحكم يدار على دليل الحاجة
وهو كونه في دار الحرب لأن الغازي لا يستصحب قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه
فيها والميرة منقطعة فبقي على أصل الإباحة للحاجة بخلاف السلاح لأنه يستصحبه فانعدم
دليل الحاجة وقد تمس إليه الحاجة فيعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده إلى المغنم إذا استغنى عنه
والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال
ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة لمساس
الحاجة إلى جميع ذلك ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة وتأويله إذا
احتاج إليه بأن لم يكن له سلاح وقد بيناه ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيئا ولا
يتمولونه لأن البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وإنما هو إباحة وصار كالمباح له
الطعام وقوله ولا يتمولونه إشارة إلى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض
لأنه لا ضرورة إلى ذلك فإن باعه أحدهم رد الثمن إلى الغنيمة لأنه بدل عين كانت
للجماعة وأما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك
إلا أنه يقسم الإمام بينهم في دار الحرب إذا احتاجوا إلى الثياب والدواب والمتاع
لأن المحرم يستباح للضرورة فالمكروه أولى وهذا لأن حق المدد محتمل وحاجة
هؤلاء متيقن بها فكان أولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة

فانه اذا احتاج واحد يباح الانتفاع في الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصل
الثاني بخلاف ما اذا احتاجوا الي السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج قال واذا اسلم
منهم رجل في دار الحرب احرز باسلامه نفسه لان الاسلام ينافي ابتداء الاسترقاق واولاده
الصغار لانهم مسلمون باسلامه تبعا وكل مال هو في يده لقوله عم من اسلم علي مال فهو له
لانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه قال او وديعة في يد مسلم او ذمي لانه
في يد صحيحة محترمة ويده كيده قال فان ظهرنا علي الدار فعقاره فيء وقال الشافعي
هو له لانه من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
الاول وفي قول محمد وهو قول ابي يوسف الآخر هو كغيره من الاموال بناء علي ان اليد حقيقة
لا تثبت علي العقار عندهما وعند محمد تثبت قال وزوجته فيء لانها كافرة حربية
لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها فيء خلافا للشافعي رح هو يقول انه مسلم تبعا
كالمنفصل ولنا انه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف
المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون ولا
تبعية ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد علي مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم
وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان او وديعة لان يده ليست بمحترمة وما كان
غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة وقال لا يكون فيئا قال رض كذا ذكر الاختلاف
في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد لهما ان المال تابع للنفس
والنفس معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيها وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء
والنفس لم تصر معصومة بالاسلام الا ترى انها ليست بمتقومة الا انه محرم التعرض في
الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه
خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك وليس في يده حكما فلم يثبت العصمة واذا خرج
المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا ياكلوا منها لان الضرورة قد
ارتفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تاكد حتي يورث نصيبه ولا كذلك قبل
الاخراج الي دار الاسلام قال ومن فضل معه علف او طعام رده الي الغنيمة معناه اذا لم
يقسم وعن الشافعي مثل قولنا وعنه انه لا يرده اعتبارا بالمتلصص ولنا ان الاختصاص
ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان احق به قبل الاحراز فكذا بعده
وبعد القسمة تصدقوا به ان كانوا اغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار في
حكم اللقطة لتعذر الرد علي الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز يرد قيمته
الي المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغني يتصدق بقيمته والفقير لا شيء
عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه والله اعلم

فصل في كيفية القسمة

قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالي فان لله خمسه استثني الخمس ويقسم
الاربعة الاخماس بين الغانمين لانه عم قسمها ثم للفارس سهمان وللراجل سهم عند
ابي حنيفة رح وقالا للفارس ثلاثة اسهم وهو قول الشافعي رح لما روي ابن عمر رض
ان النبي عم اسهم للفارس ثلثة اسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه
علي ثلثة امثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير ولابي حنيفة
ما روي ابن عباس رض ان النبي عم اعطي الفارس سهمين وللراجل سهما واحدا
فتعارض فعلاه فيرجع الي قوله وقد قال عم للفارس سهمان وللراجل سهم كيف
وقد روي عن ابن عمر رض ان النبي عم قسم للفارس سهمين واذا تعارضت روايتاه
ترجحت رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل
فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار
الحكم علي سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان
استحقاقه علي ضعفه ولا يسهم الا لفرس واحد وقال ابو يوسف رح يسهم لفرسين
ولان الواحد قد يعيي فيحتاج الي الاخر ولهما ان البراء بن اوس قاد فرسين
فلم يسهم رسول الله عم الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة
واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الي القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا
لا يسهم لثلاثة افراس وما رواه محمول علي التنفيل كما اعطي سلمة بن الاكوع سهمين
وهو راجل والبراذين والعتاق سواء لان الارهاب مضاف الي جنس الخيل في الكتاب
قال الله تعالي ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله واسم الخيل ينطلق علي
البراذين والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربي ان كان
في الطلب والكر اقوي فالبرذون اصبر والين عطفا ففي كل واحد منهما
منفعة معتبرة فاستويا قال ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق
سهم الفرسان ومن دخل دار الحرب راجلا فاشتري فرسا استحق سهم الراجل
وجواب الشافعي رح علي عكسه هكذا روي ابن المبارك عن ابي حنيفة رح في الفصل
الثاني انه يستحق سهم فرسان فالحاصل ان عندنا المعتبر المجاوزة وعنده حالة
انقضاء الحرب لان السبب هو الحرب والقتال فيعتبر حالة الشخص عنده والمجاوزة
وسيلة الي السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل علي امكان
الوقوف عليه ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه اقرب الي القتال
ولنا ان المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام
ولا معتبر بها ولان الوقوف علي حقيقة القتال متعسر وكذا علي شهود الوقعة

لما روي ان النبي عم اسهم للفرس سهمين

لانه حالة القتال التقاء الصفين فيقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضي اليه ظاهرا
والانتهاء على قصد القتال فيعتبر حال الشخص حالة المجاوزة فارسا او راجلا ولو
دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا
ثم باع فرسه او وهبه او اجره او رهنه ففي رواية الحسن عن ابي حنيفة يستحق سهم
الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على
هذه التصرفات يدل على انه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه
بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باع في حالة القتال عند البعض والاصح
انه يسقط لان البيع يدل على ان غرضه التجارة فيه الا انه ينتظر عزته ولا يسهم للمملوك
والمرأة والصبي والذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام لما روي انه عم
كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان باليهود على اليهود
لم يعطهم شيئا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من اهلها
والمرأة والصبي عاجزان ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى من منعه الا انه
يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق
وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه
دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة يرضخ لها اذا كانت تداوي الجرحى وتقوم على
المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف
العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمي انما يرضخ له اذا قاتل او دل على الطريق
ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا انه يزاد له على السهم في الدلالة اذا كانت فيه
دلالة منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمل الجهاد
فلا يسوى بينه وبين المسلمين في حكم الجهاد واما الخمس فيقسم على ثلثة اسهم سهم لليتامى
وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع
الى اغنيائهم وقال الشافعي رح لهم خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم
بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لقوله تعالى
ولذي القربى من غير فصل بين الغني والفقير ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين
قسموه على ثلثة على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة وقال عم يا معشر بني هاشم ان الله تعالى
حرم عليكم غسالة ايدي الناس واوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما
يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض وهو الفقراء والنبي عم اعطاهم للنصرة الا ترى
انه قال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين اصابعه وهذا
يشير الى ان المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة قال فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه

لافتتاح الكلام تبركا باسمه جل وعلا وسهم النبي عم سقط بموته كما سقط الصفي
لانه عم كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شيء كان يصطفيه النبي عم لنفسه
من الغنيمة مثل درع او سيف او جارية وقال الشافعي رح يصرف سهم الرسول الى الخليفة
والحجة عليه ما قدمناه وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي عم
بالنصرة لما روينا وبعده بالفقر قال رض هذا الذي ذكره قول الكرخي رح وقال
الطحاوي رح وسهم الفقير منهم ساقط ايضا لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى
الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة وجه الاول وهو قيل هو الاصح
ما روي ان عمر رض اعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء
اما فقراؤهم فيدخلون في الاصناف الثلثة واذا دخل الواحد او الاثنان
دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيئا لم يخمس لان الغنيمة هو
الماخوذ قهرا او غلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد او
الاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور انه يخمس لانه لما اذن لهم الامام فقد
التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة فان دخل جماعة لها منعة فاخذوا
شيئا خمس وان لم ياذن لهم الامام لانه ماخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه
يجب على الامام ان ينصرهم اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين
لانه لا يجب عليه نصرتهم والله اعلم

فصل في التنفيل

قال ولا باس بان ينفل
الامام في حال القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول
للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى
يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل
بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغي للامام ان ينفل بكل الماخوذ لان فيه ابطال
حق الكل فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد يكون المصلحة فيه قال
ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام لان حق الغير قد تاكد فيه بالاحراز
قال الا من الخمس لانه لا حق للغانمين في الخمس واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة
الغنيمة والقاتل وغيره فيه سواء وقال الشافعي رح السلب للقاتل اذا كان
من اهل ان يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عم من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر انه
نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا اكثر عناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت
بينه وبين غيره ولنا انه ماخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم
كما نطق به النص وقال عم لحبيب بن ابي مسلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس
امامك وما رواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني لما روينا وزيادة

الفصال يعتبر في جنس واحد كما ذكرناه قال والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه
وكذا ما على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله في حقيبته أو على وسطه
وما عدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع
حق الباقين فأما الملك فإنما يثبت بعد الإحراز بدار الإسلام لما مر من قبل حتى لو قال
الإمام من أصاب جارية فهي له فأصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها
وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد له أن يطأها ويبيعها لأن التنفيل يثبت به الملك
عنده كما يثبت بالقسمة في دار الحرب وبالشراء من الحربي ووجوب الضمان بالإتلاف قد قيل
على هذا الاختلاف والله أعلم

باب استيلاء الكفار

وإذا غلب الترك على الروم فسبوهم
وأخذوا أموالهم ملكوها لأن الاستيلاء قد تحقق في مال مباح وهو السبب على ما نبينه
إن شاء الله تعالى فإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك اعتبارا بسائر أملاكهم
قال وإذا غلبوا على أموالنا والعياذ بالله وأحرزوها بدارهم ملكوها وقال الشافعي لا يملكونها
لأن الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف
من قاعدة الخصم ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا
لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم وهذا لأن العصمة تثبت على منافاة الدليل
ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فإذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير
أن الاستيلاء لا يتحقق إلا بالإحراز بالدار لأنه عبارة عن الاقتدار على المحل
حالا ومآلا والمحظور لغيره إذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب
الآجل فما ظنك بالملك العاجل فإن ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون
قبل القسمة فهي لهم بغير شيء وإن وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة إن
أحبوا لقوله عليه السلام فيه إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء وإن وجدته
بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولأن المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له
حق الأخذ نظرا له إلا أن في الأخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بإزالة
ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة
عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة وإن دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك
وأخرجه إلى دار الإسلام فمالكه الأول بالخيار إن شاء أخذه بالثمن الذي اشتراه
وإن شاء ترك لأنه يتضرر بالأخذ مجانا ألا ترى أنه قد دفع العوض بمقابلته
فكان اعتدال النظر فيما قلنا ولو اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض ولو وهبوه
لمسلم يأخذه بقيمته لأنه ثبت له ملك خاص فلا يزال إلا بالقيمة ولو كان
مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لأن الأخذ بالمثل

غير مفيد وكذلك إذا كان موهوبا لا يأخذه لما بينا وكذا إذا كان مشترى بمثله قدرا
ووصفا قال فإن أسروا عبدا فاشتراه رجل فأخرجه إلى دار الإسلام ففقئت
عينه وأخذ أرشها فإن المولى يأخذه بالثمن الذي أخذه به من العدو وأما
الأخذ بالثمن فلما قلنا ولا يأخذ الأرش لأن الملك فيه صحيح فلو أخذه أخذه
بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن لأن الأوصاف لا
يقابلها شيء من الثمن بخلاف الشفعة لأن الصفقة لما تحولت إلى الشفيع صار
المشترى في يد المشتري بمنزلة المشترى شراء فاسدا والأوصاف تضمن فيه كما في
الغصب أما ههنا الملك صحيح فافترقا قال وإن أسروا عبدا فاشتراه رجل بألف درهم
فأسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بألف درهم فليس للمولى
الأول أن يأخذه من الثاني لأن الأسر ما ورد على ملكه وللمشتري الأول أن
يأخذه من الثاني بالثمن لأن الأسر ورد على ملكه ثم يأخذه المالك القديم بالألفين
إن شاء لأنه قام عليه بالثمنين فيأخذه بهما وكذا إذا كان المأسور منه الثاني غائبا
ليس للأول أن يأخذه اعتبارا بحال حضرته قال ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة
مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك لأن السبب
إنما يفيد الحكم في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لأنه
تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لأن الشرع سقط عصمتهم جزاء على جنايتهم
وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء قال وإذا أبق عبد لمسلم فدخل إليهم فأخذوه
لم يملكوه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يملكونه لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت
ولهذا لو أخذوه من دار الإسلام ملكوه وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا
لأن سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى
فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لأن يد المولى
باقية عليه لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده وإذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة يأخذه
المالك القديم بغير شيء موهوبا كان أو مشترى أو مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة
يؤدي عوضه من بيت المال لأنه لا يمكن إعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر
اجتماعهم وليس له على المالك القديم جعل الآبق لأنه عامل لنفسه إذ في زعمه أنه ملكه
وإن ند بعير إليهم فأخذوه ملكوه لتحقق الاستيلاء إذ لا يد للعجماء لتظهر عند الخروج
من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا فإن اشتراه رجل وأدخله دار الإسلام فصاحبه
يأخذه بالثمن إن شاء لما بينا وإن أبق عبد إليهم وذهب معه بفرس ومتاع فأخذ
المشركون ذلك كله واشترى رجل ذلك كله فأخرجه فإن المولى يأخذ العبد بغير شيء

والعوض والمتاع بالثمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا يأخذ العبد وما معه بالثمن ان شاء اعتبارا
لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم في كل فرد واذا دخل الحربي دارنا بامان
واشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق لان الازالة
كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقي في يده عبدا
ولابي حنيفة ان تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين
مقام العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلاث حيض مقام التفريق فيما اذا
اسلم احد الزوجين في دار الحرب قال فان اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار
فهو حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم احرار لما روي ان عبيدا من
الطائف اسلموا وخرجوا الى رسول الله صلعم فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله ولانه احرز
نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه او بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهر على الدار واعتبار
يده اولى من اعتبار يد المسلمين لانه اسبق ثبوتا على نفسه والحاجة في حق الحربي الى
توكيده وفي حقهم الى ابطال اليد ابدا فلهذا كان اولى

باب المستأمن

واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ولا من دمائهم لانه ضمن
بالاستئمان ان لا يتعرض لهم فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدر بهم
ملكهم فاخذ اموالهم او حبسهم او فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا
العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح له التعرض وان اطلقوه طوعا
فان غدر بهم يعني التاجر فاخذ شيئا وخرج به ملكه ملكا محظورا لورود الاستيلاء
على مال مباح الا انه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق
وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بينا واذا دخل المسلم دار الحرب
بامان فادانه حربي او ادان هو حربيا او غصب احدهما صاحبه ثم خرج الينا واستأمن
الحربي لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية
ولا ولاية وقت الادانة اصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام
فيما مضى من افعاله وانما التزم ذلك في المستقبل واما الغصب فلانه صار ملكا للذي
استولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بينا وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك
ثم خرجا مستأمنين لما قلنا ولو خرجا مسلمين قضي بالدين بينهما ولم يقض بالغصب
اما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حالة القضاء
لالتزامهما الاحكام بالاسلام واما الغصب فلما بينا انه ملكه ولا خبث في ملك
الحربي حتى يؤمر بالرد واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين
امر برد الغصب ولم يقض عليه اما عدم القضاء فلما بينا انه ملكه واما الامر بالرد فمراده

فمراده الفتوى به لانه فسد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد واذا دخل المسلمان
دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطأ فعلى القاتل الدية في ماله وعليه الكفارة
في الخطأ اما الكفارة فلاطلاق الكتاب والدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار
الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه
الا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب
الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لعدم قدرتهم على الصيانة
مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وان كانا اسيرين فقتل احدهما
صاحبه او قتل مسلم تاجر اسيرا فلا شيء على القاتل الا الكفارة في الخطأ عند ابي حنيفة رح
وقالا في الاسيرين الدية في الخطأ والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل
بعارض الاستئمان على ما بينا وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما
قلنا ولابي حنيفة رح ان بالاسر صاروا تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم ولهذا
يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز اصلا وصار كالمسلم الذي
لم يهاجر الينا وخص الخطأ بالكفارة لانه لا كفارة في العمد عندنا والله اعلم

فصل

واذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام
ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية والاصل ان الحربي لا يمكن من اقامة
دائمة في دارنا الا باسترقاق او جزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فيلتحق
المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب
وسد باب التجارة ففصلنا بينهما بالسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون
الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا
سبيل عليه وان مكث سنة فهو ذمي لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما
الجزية فيصير ذميا وللامام ان يوقت في ذلك ما دون السنة كالشهر والشهرين
فاذا اقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا لما قلنا ثم لا يترك ان يرجع الى دار الحرب
لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة
بالمسلمين فان دخل الحربي بامان واشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي
لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس فاذا التزمه صار ذميا فصار ملتزما المقام
في دارنا اما بمجرد الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج الارض
فبعد ذلك يلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة
من وقت وجوبه وقوله في الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمي تصريح بشرط
الوضع فيتخرج عليه احكام جمة فلا نغفل عنه واذا دخلت الحربية بامان فتزوجت

ذميا صارت ذمية لأنها التزمت المقام تبعا للزوج وإذا دخل حربي بأمان فتزوج
ذمية لم يصر ذميا لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع إلى بلده فلم يكن ملتزما المقام وإن عاد
حربيا ودخل دارنا بأمان ثم عاد إلى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو دينا في ذمتهم
فقد صار دمه مباحا بالعود لأنه أبطل أمانه وما في دار الإسلام من ماله على خطر فإن
أسر أو ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيئا أما الوديعة فلأنها
في يده تقديرا لأن يد المودع كيده فيصير فيئا تبعا لنفسه وأما الدين فلأن إثباته
عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه أسبق إليه من يد العامة فيختص به فيسقط
وإن قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته وكذا إذا مات لأن نفسه لم تصر
مغنومة فكذلك ماله وهذا لأن حكم الأمان باق في ماله فيرد عليه أو على ورثته من بعده
قال وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح المسلمين
كما يصرف الخراج قالوا هو مثل الأراضي التي أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك
وقال الشافعي رح فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روي أنه عم أخذ الجزية وكذا
عمر ومعاذ رض ووضع في بيت المال ولم يخمس ولأنه مال مأخوذ بقوة المسلمين من غير
قتال بخلاف الغنيمة لأنه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس
بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرناه فلا معنى
لإيجاب الخمس وإذا دخل الحربي دارنا بأمان وله امرأة في دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال
أودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فأسلم هنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فيء
أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر لأنهم حربيون كبار وليسوا بأتباع وكذلك ما في بطنها
لو كانت حاملا لما قلنا من قبل وأما أولاده الصغار فلأن الصغير إنما يصير مسلما تبعا
لإسلام أبيه إذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدار لا يتحقق ذلك وكذا أمواله
لا تصير محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا وغنيمة قال وإن أسلم
في دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فأولاده الصغار أحرار مسلمون تبعا لأبيهم
لأنهم كانوا تحت ولايته حين أسلم إذ الدار واحدة وما كان من مال أودعه مسلما أو ذميا
فهو له لأنه في يد محترمة ويده كيده وما سوى ذلك فيء أما المرأة وأولاده الكبار
فلما قلنا وأما المال الذي في يد الحربي فلأنه لم يصر معصوما لأن يد الحربي ليست يدا محترمة
وإذا أسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء
عليه إلا الكفارة في الخطأ وقال الشافعي تجب الدية في الخطأ والقصاص في العمد
لأنه أراق دما معصوما لوجود العاصم وهو الإسلام لكونه مستجلبا للكرامة وهذا
لأن العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها وهي ثابتة إجماعا والمقومة كمال فيه

لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فتتعلق بما علق به الأصل ولنا قوله تعالى فإن كان
من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الآية جعل التحرير كل الموجب رجوعا
إلى حرف الفاء أو إلى كونه كل المذكور فينتفي غيره ولأن العصمة المؤثمة بالآدمية لأن
الآدمي خلق متحملا أعباء التكاليف والقيام بها بحرمة التعرض والأموال تابعة لها أما المقومة
فالأصل فيها الأموال لأن التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك في الأموال دون النفوس
لأن من شرطه التماثل وهو في المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة
في الأموال بالإحراز بالدار لأن العزة بالمنعة فكذلك في النفوس إلا أن الشرع أسقط
اعتبار منعة الكفرة لما أنه أوجب إبطالها والمرتد والمستأمن في دارنا من أهل دارهم
حكما لقصدهما الانتقال إليها ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له أو قتل حربيا دخل إلينا
بأمان فأسلم فالدية على عاقلته للإمام وعليه الكفارة لأنه قتل نفسا معصومة خطأ
فيعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للإمام أن حق الأخذ له لأنه لا وارث له
وإن كان عمدا فإن شاء الإمام قتله وإن شاء أخذ الدية لأن النفس معصومة والقتل عمد
والولي معلوم وهو العامة أو السلطان قال عم السلطان ولي من لا ولي له وقوله وإن شاء
أخذ الدية معناه بطريق الصلح لأن موجب العمد هو القود عينا وهذا لأن الدية أنفع
في هذه المسألة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال وليس له أن يعفو لأن
الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر إسقاط حقهم من غير عوض والله أعلم

باب العشر والخراج

قال أرض العرب كلها أرض عشر وهو ما بين العذيب إلى أقصى حجر باليمن بمهرة إلى حد
الشام والسواد أرض خراج وهو ما بين العذيب إلى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال
من العلث إلى عبادان لأن النبي عم والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أرض العرب
ولأنه بمنزلة الفيء فلا يثبت في أراضيهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لأن وضع الخراج
من شرطه أن يقر أهلها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام
أو السيف وعمر رض حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة ووضع على
مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام
قال وأرض السواد مملوكة لأهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها لأن الإمام إذا فتح أرضا
عنوة وقهرا له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤوسهم الخراج فتبقى الأرض
مملوكة لأهلها وقد بيناه من قبل قال وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت
بين الغانمين فهي أرض عشر لأن الحاجة إلى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به
لما فيه من معنى العبادة وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج وكل أرض فتحت

عنوة فاقر عليها اهلها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف
على الكافر والخراج اليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله عم افتتحها عنوة وتركها
لاهلها ولم يوظف الخراج وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء
الانهار واستخرج منها عين فهي ارض عشر لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها
بمائها فيعتبر السقي بماء العشر او الخراج وقال ومن احيا ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف
معتبرة بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج ومعناه بقربه فهي خراجية وان كانت
من حيز ارض العشر فهي عشرية والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة لان حيز الشيء
يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز
اخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية لانها من حيز ارض الخراج
الا ان الصحابة وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم وقال محمد ان احياها
ببئر حفرها او بعين استخرجها او بماء دجلة والفرات والانهار العظام التي لا يملكها احد
فهي عشرية وكذا اذا احياها بماء السماء وان احياها بماء الانهار التي احتفرتها الاعاجم
مثل نهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجية لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه
لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج
دلالة التزامه قال والخراج الذي وضعه عمر رض على اهل السواد من كل جريب يبلغه
الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم
المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم وهذا هو المنقول عن عمر رض فانه بعث عثمان
بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة عليه مشرفا فمسح فبلغ ستا وثلاثين
الف الف جريب ووضع على ذلك ما قلنا وكان ذلك بحضرة من الصحابة من غير نكير فكان
اجماعا منهم ولان المؤن متفاوتة والكرم اخفها مؤنة والمزارع اكثرها مؤنة
والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب في الكرم اعلاها وفي
الزرع ادناها وفي الرطبة اوسطها قال وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران
والبستان وغيره يوضع عليه بحسب الطاقة لانه ليس فيه توظيف عمر رض وقد اعتبر الطاقة
في ذلك فيعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة ان يبلغ الواجب نصف
الخارج لا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا ان نقسم الكل بين الغانمين
والبستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة واشجار وفي ديارنا وظفوا
من الدراهم في الاراضي كلها وترك ذلك لان التقدير يجب ان يكون بقدر الطاقة من
الحقيقي كما قال فان لم يطق ما وضع عليها نقصهم الامام فالنقصان عند قلة الريع
جائز بالاجماع الا ترى الى قول عمر رض لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق وقالا لا بل حملناها

بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان واما الزيادة
عند زيادة الريع يجوز عند محمد رح اعتبارا بالنقصان وعند ابي يوسف رح لا يجوز لان عمر رض
لم يزد حين اخبر بزيادة الطاقة وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها او اصطلم
الزرع آفة فلا خراج عليها لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديري المعتبر
في الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديري في بعض الحول وكونه ناميا
في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج وان
عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذي فوته قالوا من انتقل الى اخس
الامرين من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به
كيلا يتجاسر الظلمة على اخذ اموال الناس قال ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على
حاله لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة في حالة البقاء فامكن ابقاؤها على المسلم
ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج من الذمي ويؤخذ منه الخراج لما قلنا وقد صح ان
الصحابة رض اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها فدل على جواز الشراء واخذ
الخراج واداية للمسلم من غير كراهية ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي
يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين بسببين مختلفين فلا يتنافيان
ولنا قوله عم لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم ولان احدا من ائمة العدل والجور
لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في ارض فتحت عنوة وقهرا والعشر
في ارض اسلم اهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في ارض واحدة وسبب الحقين
واحد وهو الارض النامية الا انه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا
يضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما ولا يتكرر الخراج بتكرار
الخارج في سنة لان عمر رض لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه
في كل الخارج والله اعلم

باب الجزية

وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح
فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما صالح رسول الله عم بني نجران على الف ومائتي
حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه وجزية يبتدئ
الامام بوضعها اذا غلب الامام على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني الظاهر
الغنى في كل سنة ثمانية واربعين درهما ياخذ منه في كل شهر اربعة دراهم وعلى
الوسط الحال اربعة وعشرين درهما ياخذ منه في كل شهر درهمين وعلى الفقير
المعتمل الذي يقدر على العمل اثني عشر درهما ياخذ منه في كل شهر درهما وهذا عندنا
وقال الشافعي يضع على كل حالم دينارا او ما يعدل الدينار الغني والفقير في ذلك
سواء لقوله عم لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر من غير فصل

ولأن الجزية إنما وجبت بدلاً عن القتل حتى لا يجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري
والنسوان وهذا المعنى ينتظم الغني والفقير ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم
ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والأنصار ولأنه وجب نصرة للمقاتلة فيجب على التفاوت
بمنزلة خراج الأرض وهذا لأنه وجب بدلاً عن النصرة بالنفس والمال وذلك يتفاوت
بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله وما رواه محمول على أنه كان ذلك صلحاً وتوضع
الجزية على أهل الكتاب والمجوس لقوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية
عن يد وهم صاغرون ووضع رسول الله عليه السلام الجزية على المجوس قال ومن عبدة
الأوثان من العجم وفيه خلاف الشافعي هو يقول إن القتال واجب لقوله تعالى و
وقاتلوهم إلا أنا عرفنا جواز تركه في حق أهل الكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي
من وراءهم على الأصل ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم إذ كل واحد
منهما يشتمل على سلب النفس منهم فإنه يكتسب ويؤدي إلى المسلمين ونفقته في كسبه
وإن ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء لجواز استرقاقهم ولا يوضع
على عبدة الأوثان من العرب والمرتدين لأن كفرهما قد تغلظ أما مشركو العرب
فلأن النبي عليه السلام نشأ بين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم أظهر وأما
المرتد فلأنه كفر بربه بعد ما هدي للإسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين
إلا الإسلام أو السيف زيادة في العقوبة في حقهم وعند الشافعي يسترق مشركو
العرب وجوابه ما قلنا وإذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء لأن أبا بكر رضي الله عنه استرق
نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين ومن لم يسلم من رجالهم
قتل لما ذكرنا ولا جزية على امرأة ولا صبي لأنها وجبت بدلاً عن القتل أو القتال
وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الأهلية قال ولا زمن ولا أعمى وكذا المفلوج
والشيخ الكبير لما بينا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب إذا كان له مال لأنه يقتل في الجملة إذا كان
له رأي قال ولا على فقير غير معتمل خلافاً للشافعي رحمه الله له إطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ولنا
أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولأن خراج
الأرض لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل
ولا يوضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد لأنه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة
في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا يجب فلا يجب بالشك ولا يؤدي عنهم مواليهم لأنهم تحملوا
الزيادة بسببهم ولا يوضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكر هنا وذكر
محمد عن أبي حنيفة أنه يوضع عليهم إذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول أبي يوسف رحمه الله
وجه الوضع عليهم أن القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الأرض الخراجية

الخراجية ووجه الوضع عنهم أنه لا يقتلون إذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية
في حقهم لإسقاط القتل ولا بد أن يكون المعتمل صحيحاً ويكتفى بصحته في أكثر السنة
ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه وكذلك إذا مات كافراً خلافاً للشافعي فيهما له أنها
وجبت بدلاً عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل إليه المعوض فلا يسقط عنه العوض
بهذا العارض كما في الأجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه السلام ليس على مسلم جزية
ولأنها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا سميت جزية وهي والجزاء واحد وعقوبة الكفر
تسقط بالإسلام ولا تقام بعد الموت ولأن شرع العقوبة في الدنيا لا يكون
إلا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والإسلام ولأنها وجبت بدلاً عن النصرة في
حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الإسلام والعصمة تثبت بكونه آدمياً والذمي يسكن
ملك نفسه فلا معنى لإيجاب بدل العصمة والسكنى وإن اجتمع عليه حولان تداخلت
وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة
أخرى لم يؤخذ منه وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يؤخذ منه وهو قول
الشافعي وإن مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعاً وكذلك إن مات
في بعض السنة أما مسألة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الأرض على هذا الخلاف
وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية أن الخراج وجب عوضاً والأعواض
إذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها تستوفى وقد أمكن فيما نحن فيه بعد توالي
السنين بخلاف ما إذا أسلم لأنه تعذر استيفاؤه ولأبي حنيفة رحمه الله أنها وجبت
عقوبة على الإصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا يقبل منه على يد نائبه في أصح
الروايات بل يكلف أن يأتي به بنفسه فيعطي قائماً والقابض منه قاعد وفي رواية
يأخذ بتلبيبه ويهزه هزاً ويقول أعط الجزية يا ذمي يا عدو الله فثبت أنه
عقوبة والعقوبات إذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولأنها وجبت بدلاً عن القتل
في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل لا في الماضي لأن القتل
إنما يستوفى لحراب قائم في الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة في المستقبل لأن الماضي
وقعت الغنية عنه ثم قول محمد رحمه الله في الجامع الصغير وجاءت سنة أخرى
حمله بعض المشايخ على المضي مجازاً وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضي
ليتحقق الاجتماع فيتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند أبي حنيفة
بأول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجيء والأصح أن الوجوب عندنا في ابتداء الحول
وعند الشافعي رحمه الله في آخره اعتباراً بالزكاة ولنا أن ما وجب بدلاً عنه لا يتحقق
إلا في المستقبل على ما قررناه فتعذر إيجابه بعد مضي الحول فأوجبناه في أوله

فصل ولا يجوز احداث بيعة في دار الاسلام لقوله عم لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة
والمراد احداثها وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها لان الابنية لا تبقى دائماً
ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا انهم لا يمكنون من نقلها لانه احداث في
الحقيقة والصومعة للتخلي فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلاة في البيت لانه
تبع السكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها الشعائر
فلا يعارض باظهار ما يخالفها قيل في ديارنا يمنعون من ذلك في القرى ايضا لان فيها
بعض الشعائر والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل الذمة
وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها لقوله عم لا يجتمع دينان في جزيرة
العرب قال ويؤخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم
ولا يركبون الخيل ولا يحملون السلاح وفي الجامع الصغير ويؤخذ اهل الذمة باظهار
الكستيجات والركوب على السروج التي هي كهيئة الاكف وانما يؤخذون بذلك اظهاراً للصغار
عليهم وصيانة لضعفة المسلمين ولان المسلم يكرم والذمي يهان ولا يبتدأ بالسلام
ويضيق عليه الطريق فلو لم يكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك
لا يجوز والعلامة يجب ان تكون خيطاً غليظاً من الصوف يشده على وسطه دون الزنار
من الابريسم فانه جفاء في حق اهل الاسلام قال ويجب ان يميز نساؤهم عن نسائنا
في الطرقات والحمامات ويجعل على دورهم علامات كيلا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة
قالوا الاحق ان لا يتركوا ان يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا
في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجاً بالصفة التي تقدمت قال
ويمنعون عن لباس يختص به اهل العلم والزهد والشرف ومن امتنع من اداء الجزية او قتل
مسلماً او سب النبي عم او زنى بمسلمة لم ينتقض عهده لان الغاية التي ينتهي بها القتال
التزام الجزية لا اداؤها والالتزام باق وقال الشافعي رح سب النبي عم يكون نقضاً لانه
ينقض ايمانه فكذا ينقض امانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا ان سب النبي عم كفر منه
والكفر المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه قال ولا ينتقض العهد الا ان يلحق بدار
الحرب او يغلبوا على موضع فيحاربوننا لانهم صاروا حرباً علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة
وهو دفع شر الحراب واذا انتقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد معناه في الحكم بموته
باللحاق لانه بالردة التحق بالاموات وكذا في حكم ما حمله من ماله الا انه لو اسر يسترق بخلاف المرتد والله اعلم

فصل ونصارى بني تغلب يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة لان عمر رض
صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة رض ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم لان الصلح
على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان فكذا المضاعف وقال

زفر رح لا يؤخذ من نسائهم ايضا وهو قول الشافعي رح لانه جزية في الحقيقة على ما
قال عمر رض هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا يصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان
ولنا انه مال وجب بالصلح والمرأة من اهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين
لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية الا ترى انه لا يراعى فيه شرائطها ويوضع على مولى
التغلبي الخراج اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي وقال زفر رح يضاعف
لقوله عم ان مولى القوم منهم الا ترى ان مولى الهاشمي يلحق به في حرمة الصدقة ولنا
ان هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم
اذا كان نصرانياً بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمي
في حقه ولا يلزم مولى الغني حيث لا يحرم عليه الصدقة لان الغني من اهلها وانما الغنى
مانع ولم يوجد في حق المولى اما الهاشمي ليس باهل لهذه الصلة اصلا لانه صيانة
لشرفه وكرامته عن اوساخ الناس فالحق به مولاه قال وما جباه الامام من الخراج ومن
اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية يصرف في مصالح المسلمين
كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه
ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين
من غير قتال وهو معد لمصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الاباء
فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغون للقتال ومن مات في نصف
السنة فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل
القبض ويسقط بالموت واهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي والله اعلم

باب احكام المرتدين

واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة
كشفت عنه لانه عساه اعترته شبهة فتزاح وفيه دفع شره باحسن الامرين الا ان
العرض على ما قالوا غير واجب لان الدعوة بلغته ويحبس ثلاثة ايام فان اسلم والا قتل
وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل وتاويل الاول انه يستمهل
فيمهل ثلاثة ايام لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه يستحب
ان يؤجله ثلاثة ايام طلب ذلك او لم يطلب وعن الشافعي ان على الامام ان يؤجله ثلاثة ايام
ولا يحل له ان يقتله قبل ذلك لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهراً فلا بد من مدة يمكنه
التامل فقدرناه بالثلاثة ولنا قوله تعالى اقتلوا المشركين من غير قيد الامهال وكذا
قوله عم من بدل دينه فاقتلوه ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال من غير
استمهال وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم ولا فرق بين الحر والعبد والطوع

الدليل وكيفية توبته ان يتبرأ عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له ولو تبرأ
عما انتقل اليه كفى لحصول المقصود قال فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه كره ولا
شيء على القاتل ومعنى الكراهية هنا ترك المستحب وانتفاء الضمان لان الكفر مبيح والعرض
بعد بلوغ الدعوة غير واجب واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس حتى تسلم وقال الشافعي رحمه الله
تقتل لما روينا ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية غليظة فيناط
بها عقوبة متغلظة وردة المرأة تشاركها فيها فتشاركها في موجبها ولنا
ان النبي عليه السلام نهى عن قتل النساء ولان الاصل تأخير الاجزية الى دار الآخرة اذ تعجيلها
يخل بمعنى الابتلاء وانما عدل عنه دفعا لشر ناجز وهو الحراب ولا يتوجه ذلك
من النساء لعدم صلاحية البنية بخلاف الرجال وصارت المرتدة كالاصلية قال
ولكن تحبس حتى تسلم لانها امتنعت عن ايفاء حق مستحق بعد الاقرار فتجبر على ايفائه
بالحبس كما في حقوق العباد وفي الجامع الصغير وتجبر المرأة على الاسلام حرة كانت
او امة والامة يجبرها مولاها اما الجبر فلما ذكرنا واما المولى فلما فيه من الجمع بين الحقين
ويروى تضرب في كل ايام مبالغة في الحمل على الاسلام قال ويزول ملك المرتد
عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت على حالها قالوا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما لا يزول ملكه لانه مكلف محتاج فالى ان يقتل يبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم
والقصاص ولانه حربي مقهور تحت ايدينا حتى يقتل ولا قتل الا بالحراب وهذا يوجب زوال
ملكه ومالكيته غير انه مدعو الى الاسلام بالاجبار عليه ويرجى عوده اليه فتوقفنا
في امره فان اسلم جعل العارض كان لم يكن في حق هذا الحكم وصار كانه لم يزل مسلما
فلم يعمل السبب وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان
ما اكتسبه في حال ردته فيئا وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد كلاهما لورثته
وقال الشافعي رحمه الله كلاهما فيء لانه مات كافرا والمسلم لا يرث الكافر ثم هو مال حربي لا امان له
فيكون فيئا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بينا فينتقل بموته الى ورثته
ويستند الى ما قبل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم ولابي حنيفة
انه يمكن الاستناد في كسب الاسلام لوجوده قبل الردة ولا يمكن الاستناد في كسب الردة
لعدمه قبلها ومن شرطه وجوده ثم انما يرثه من كان وارثا له حالة الردة وبقي وارثا
الى وقت موته في رواية عن ابي حنيفة اعتبارا للاستناد وعنه انه يرثه من كان وارثا له عند
الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه وارثه لان الردة بمنزلة الموت وعنه انه يعتبر
وجود الوارث عند الموت لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده
بمنزلة الولد الحادث من المبيع قبل القبض ويرث امرأته المسلمة اذا مات او قتل على ردته وهي
في

في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة والمرتدة كسبها لورثتها لانه
لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة ويرثها زوجها المسلم
ان ارتدت وهي مريضة لقصدها ابطال حقه وان كانت صحيحة لا يرثها لانها
لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها بالردة بخلاف المرتد قال وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم
الحاكم بلحاقه حكم بعتق مدبريه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه
في حالة الاسلام الى ورثته من المسلمين وقال الشافعي رحمه الله يبقى ماله موقوفا
كما كان لانه نوع غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام ولنا انه باللحاق صار من اهل
الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة
عن الموتى فصار كالموت الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء القاضي لاحتمال العود الينا
فلا بد من القضاء واذا تقرر موته ثبتت الاحكام المتعلقة به وهي ما ذكرناها كما في
الموت الحقيقي ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد رحمه الله لان اللحاق هو
السبب والقضاء لتقرره بقطع الاحتمال وقال ابو يوسف وقت القضاء لانه
يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا قال
وتقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام
وما لزمه في حال ردته من الديون مما اكتسبه في حال ردته قال رضي الله عنه هذه
رواية عن ابي حنيفة وعنه انه يبدأ بكسب الاسلام فان لم يف بذلك يقضى
من كسب الردة وعنه على عكسه وجه الاول ان المستحق بسببين مختلفين وحصول
كل واحد من الكسبين باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضى كل دين
من الكسب المكتسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني ان كسب الاسلام
ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق المورث فيقدم
الدين عليه اما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان اهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى
دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى منه كالذمي اذا مات
ولا وارث له يكون لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذلك هنا
وجه الثالث ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان
قضاء الدين منه اولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام
تقديما لحقه وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تقضى ديونه من الكسبين لانهما جميعا
ملكه حتى يجري الارث فيهما قال وما باعه او اشتراه او اعتقه او وهبه او تصرف
فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل
او لحق بدار الحرب بطلت وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله

يجوز ما صنع في الوجهين اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق
كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية وباطل
بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لانه يعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق
كالمفاوضة لانه يعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم
ومختلف في توقفه وهو ما عددناه ولهما ان الصحة تعتمد الاهلية والنفاذ للملك
ولا خفاء في وجود الاهلية لكونه مخاطبا وكذا الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه
من قبل ولهذا لو ولد له ولد بعد الردة لستة اشهر من امرأة مسلمة يرثه ولو مات
ولده بعد الردة قبل الموت لا يرثه فيصح تصرفاته الا ان عند ابي يوسف يصح كما يصح
من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل فصار
كالمرتدة وعند محمد يصح كما يصح من المريض لان من انتحل الى نحلة لا سيما معرضا
عما نشأ عليه قلما يترك فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل
ولابي حنيفة انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف الملك وتوقف
التصرفات بناء عليه فصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان فيؤخذ ويقهر فتتوقف
تصرفاته لتوقف حاله فكذا المرتد واستحقاقه القتل لبطلان سبب العصمة في الفصلين
فاوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني وقاتل العمد لان الاستحقاق في ذلك جزاء
على الجناية وبخلاف المرأة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل قال فان عاد المرتد
بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه
لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه واذا عاد مسلما احتاج اليه فيقدم عليه
بخلاف ما اذا ازاله الوارث عن ملكه وبخلاف امهات اولاده ومدبريه لان القضاء قد صح
بدليل مصحح فلا ينقض ولو جاء مسلما قبل ان يقضي القاضي بذلك فكأنه لم يزل
مسلما لما ذكرنا واذا وطئ المرتد جارية نصرانية كانت له في حالة الاسلام
فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد فادعاه فهي ام ولد له والولد حر وهو
ابنه ولا يرثه فان كانت الجارية مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة او لحق بدار
الحرب اما صحة الاستيلاد فلما قلنا واما الارث فلان الام اذا كانت نصرانية فالولد
تبع لها لقربه الى الاسلام للجبر عليه فصار في حكم المرتد والمرتد لا يرث المرتد اما
اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد واذا لحق
المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء فان لحق ثم رجع واخذ مالا والحقه المرتد
بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فوجدته الورثة قبل القسمة رد عليهم لان الاول
مال لم يجر فيه الارث والثاني انتقل الى ورثته بقضاء القاضي بلحاقه فكان

وكان الوارث مالكا قديما واذا لحق المرتد بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه فكاتبه
ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة جائزة وبدل الكتابة والولاء للمرتد الذي اسلم لانه
لا وجه الى ابطال الكتابة لنفوذها بدليل منفذ فجعلنا الوارث الذي هو خلفه
كالوكيل من جهته وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه
واذا قتل المرتد رجلا خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه
في حال الاسلام خاصة عند ابي حنيفة وقالا الدية فيما اكتسبه في الاسلام والردة
جميعا لان العواقل لا تعقل المرتد لانعدام النصرة فتكون في ماله وعندهما الكسبان
جميعا ماله لنفوذ تصرفاته في الحالين ولهذا يجري الارث فيهما عندهما وعنده
ماله المكتسب في الاسلام لنفوذ تصرفه دون المكتسب في الردة لتوقف تصرفه فيه
ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثاني فيئا عنده قال واذا قطعت يد المسلم عمدا
فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك او لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما
فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية في ماله للورثة اما الاول فلان السراية
حلت محلا غير معصوم فاهدرت بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات
من ذلك لان الاهدار لا يلحقه الاعتبار اما المعتبر فقد يهدر بالابراء فكذا بالردة
واما الثاني فاذا لحق ومعناه اذا قضي بلحاقه لانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع
السراية واسلامه حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى فاذا لم يقض
القاضي بلحاقه فهو على الخلاف الذي نبينه ان شاء الله تعالى قال وان لم يلحق واسلم ثم
مات فعليه الدية كاملة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر في جميع
ذلك نصف الدية لان اعتراض الردة اهدر السراية فلا ينقلب بالاسلام الى
الضمان كما اذا قطع يد مرتد فاسلم ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم وتمت
فيه فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة وهذا لانه لا معتبر بقيام العصمة
في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت
الحكم وحالة البقاء بمعزل من ذلك وصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين
واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا واخذ بماله وابى ان يسلم فقتل
فانه يوفى مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة
ملكه اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا واما عند ابي حنيفة فلان المكاتب انما يملك اكسابه
بالكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة فكذا اكسابه الا ترى انه لا يتوقف تصرفه فيه
بالاتفاق وهو الموقوف فكذا بالاولى في نظيري الاولى واذا ارتد الرجل والمرأة و
والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المرأة في دار الحرب فولدت ولدا وولد

لولدها ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان فيء لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها

ويجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد وروى الحسن عن ابي حنيفة

انه يجبر تبعا للجد، واصله التبعية في الاسلام وهي اربع مسائل كلها على

الروايتين وقد ذكرناها، والثانية صدقة الفطر والثالثة جر الولاء والرابعة

الوصية للقرابة. قال: وارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله

ويجبر على الاسلام ولا يقتل، واسلامه اسلام ولا يرث ابويه ان كانا كافرين. وقال

ابو يوسف: ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام. وقال زفر والشافعي: اسلامه ليس

باسلام وارتداده ليس بارتداد لانه تبع لابويه فيه فلا يجعل اصلا

ولانه يلزمه احكام تشوبها المضرة فلا يؤهل له. ولنا ان عليا رضي الله عنه اسلم في صباه وصحح

النبي عليه السلام اسلامه وافتخاره بذلك مشهور، ولانه اتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق

والاقرار معه لان الاقرار عن طوع دليل الاعتقاد على ما عرف، والحقائق لا ترد، وما

يتعلق به سعادة ابدية ونجاة عقباوية وهي من اجل المنافع وهو الحكم الاصلي

ثم يبتني عليه غيرها فلا يبالي بشوبه، وهم في الردة ان مضرة محضة بخلاف الاسلام

على اصل ابي يوسف رحمه الله لانه تعلق بها على المنافع على اصل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انها موجودة حقيقة

ولا مرد للحقيقة كما قلنا في الاسلام الا انه يجبر على الاسلام لما فيه من النفع له ولا

يقتل لانه عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان مرحمة عليهم، وهذا في الصبي الذي

يعقل، ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان اقراره لا يدل على تغير العقيدة

وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل والله اعلم.

باب البغاة

واذا تغلب قوم

من المسلمين على بلد وخرجوا من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم

لان عليا رضي الله عنه فعل كذلك باهل حروراء قبل قتالهم، ولانه اهون الامرين، ولعل الشر يندفع

فيبدأ به، ولا يبدأ بقتالهم حتى يبدؤوه، فان بدؤوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم. قال رضي الله عنه

هكذا ذكر القدوري في مختصره، وذكر الامام المعروف بخواهر زاده ان عندنا

يجوز ان يبدأ بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا. وقال الشافعي: لا يجوز حتى يبدؤوا

بالقتال حقيقة لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا وهم مسلمون بخلاف الكافر لان نفس

الكفر مبيح عنده. ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع والامتناع، وهذا لانه

لو انتظر الامام حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع فيدار الحكم على الدليل ضرورة

دفع شرهم. واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتأهبون للقتال ينبغي ان يأخذهم

ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة دفعا للشر بقدر الامكان. والمروي

عن ابي حنيفة رحمه الله من لزوم البيت محمول على حال عدم الامام، اما اعانة الامام الحق من الواجب

الواجب عند الغناء والقدرة، فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم دفعا

لشرهم كيلا يلحقوا بهم، وان لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم لاندفاع

الشر دونه. وقال الشافعي: لا يجوز ذلك في الحالين لان القتال اذا تركوه لم يبق

دفعا. وجوابه ما ذكرنا ان المعتبر دليله لا حقيقته. ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم

مال لقول علي رضي الله عنه يوم الجمل: ولا يقتل اسير ولا يكشف لهم ستر ولا يؤخذ مال، وهو

القدوة في هذا الباب. وقوله في الاسير تاويله اذا لم يكن له فئة، فان كانت يقتل الامام

الاسير وان شاء حبسه لما ذكرنا، ولانهم مسلمون والاسلام يعصم المال والنفس ولا

بأس بان يقاتلوا بسلاحهم اذا احتاج المسلمون اليه. وقال الشافعي: لا يجوز، والكراع على هذا

الخلاف لانه مال المسلم فلا يجوز الانتفاع به الا برضاه. ولنا ان عليا رضي الله عنه قسم السلاح

فيما بين اصحابه بالبصرة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك، ولان للامام ان يفعل ذلك في

مال العادل عند الحاجة ففي مال الباغي اولى، والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع

الاعلى. ويحبس الامام اموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم،

اما عدم القسمة فلما بينا، واما الحبس فلدفع شرهم بكسر شوكتهم، ولهذا يحبسها عنهم

وان كان لا يحتاج اليها الا انه يبيع الكراع لان حبس الثمن انظر وايسر، اما الكراع

يحتاج الى المؤنة فلا ينفع الضرورة ولا استخدام فيهما. قال: وما جباه اهل البغي من

البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا، لان ولاية الاخذ

له باعتبار الحماية ولم يحمهم، فان كانوا صرفوه في حقه اجزأ عن من اخذ منه لوصول

الحق الى مستحقه، وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى

ان يعيدوا ذلك لانه لم يصل الى مستحقه. قال رضي الله عنه: قالوا لا اعادة عليهم في الخراج

لانهم مقاتلة فكانوا مصارف، وان كانوا اغنياء، وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك

لانه حق الفقراء وقد بيناه في الزكاة، وفي المستقبل يأخذه الامام لانه يحميهم فيه

لظهور ولايته. قال: ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس

عليهم شيء لانه لا ولاية لامام العدل حين القتل فلم ينعقد موجبا كالقتل

في دار الحرب. وان غلبوا على مصر فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا

ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه، وتأويله اذا لم يجر على اهله احكامهم وازعجوا

قبل ذلك، وفي ذلك لم ينقطع ولاية الامام فيجب القصاص. واذا قتل رجل

من اهل العدل باغيا فانه يرثه، وان قتله الباغي وقال كنت على حق وانا الآن

على حق ورثه، وان قال قتلته وانا اعلم اني على الباطل لم يرثه، وهذا عند ابي حنيفة

ومحمد رحمهما الله. وقال ابو يوسف: لا يرث الباغي في الوجهين، وهو قول الشافعي رحمه الله

وأصله أن العادل إذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم لأنه مأمور بقتالهم
دفعا لشرهم والباغي إذا قتل العادل لا يجب الضمان عندنا ولا يأثم وقال الشافعي رح
في القديم إنه يجب وعلى هذا الخلاف إذا تاب المرتد وقد أتلف نفسا أو مالا له أنه أتلف
مالا معصوما أو قتل نفسا معصومة فيجب الضمان اعتبارا بما قبل المنعة ولنا إجماع
الصحابة رواه الزهري ولأنه أتلف عن تأويل فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح
إذا ضمت إليه المنعة في حق الدفع كما في منعة أهل الحرب وتأويلهم وهذا لأن الأحكام
لا تثبت إلا بالإلزام أو الالتزام ولا التزام لاعتقاد الإباحة عن تأويل ولا إلزام لعدم الولاية
لوجود المنعة والولاية باقية قبل المنعة وعند عدم التأويل وإذا ثبت هذا نقول
قتل العادل الباغي قتل بحق فلا يمنع الإرث ولا يسقط ... في قتل الباغي العادل أن
التأويل الفاسد إنما يعتبر في حق الدفع والحاجة ههنا إلى استحقاق الإرث وهما
فيه أن الحاجة إلى دفع الحرمان أيضا إذ القرابة سبب الإرث فيعتبر الفاسد فيه إلا أنه
من شرطه بقاؤه على ديانته وإذا قال كنت على الباطل لم يوجد الدفع فوجب الضمان
قال ويكره بيع السلاح من أهل الفتنة وفي عسكرهم لأنه إعانة على المعصية وليس
ببيعه بالكوفة من أهل الكوفة ومن لم يعرف من أهل الفتنة بأس لأن الغلبة في الأمصار
لأهل الصلاح وإنما يكره بيع نفس السلاح لا بيع ما لا يقاتل به إلا بصنعة ألا ترى
أنه يكره بيع المعازف ولا يكره بيع الخشب وعلى هذا الخمر مع العنب والله تعالى أعلم

كتاب اللقيط

اللقيط سمي به باعتبار مآله أنه يلقط والالتقاط مندوب إليه لما فيه من إحيائه
وإن غلب على ظنه ضياعه فواجب قال اللقيط حر لأن الأصل في بني آدم إنما هو الحرية
وكذا الدار دار الأحرار ولأن الحكم للغالب ونفقته في بيت المال هو المروي عن عمر وعلي
رضي الله عنهما ولأنه مسلم عاجز عن التكسب ولا مال له ولا قرابة فأشبه المقعد الذي
لا مال له ولا قرابة ولأن ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه
والملتقط متبرع في الإنفاق عليه لعدم الولاية إلا أن يأمره القاضي به ليكون دينا
عليه لعموم الولاية قال فإن التقطه رجل لم يكن لغيره أن يأخذه منه لأنه ثبت له
حق الحفظ لسبق يده وإن ادعى مدع أنه ابنه فالقول قوله معناه إذا لم يدع الملتقط
نسبه وهذا استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لأنه يتضمن إبطال حق الملتقط
وجه الاستحسان أنه إقرار للصبي بما ينفعه لأنه يتشرف بالنسب ويتعير بعدمه
ثم قيل يصح في حق نفسه دون إبطال حق يد الملتقط وقيل يبتنى عليه بطلان
يده ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا واستحسانا والأصح أنه على القياس والاستحسان
وقد عرف في الأصل وإن ادعاه اثنان ووصف أحدهما علامة في جسده
فهو أولى به لأن الظاهر شاهد له لموافقة العلامة كلامه وإن لم يصف أحدهما علامة
فهو ابنهما لاستوائهما في السبب ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لأنه ثبت حقه في زمان
لا منازع فيه إلا إذا أقام الآخر البينة لأن البينة أقوى وإذا وجد في مصر من أمصار
المسلمين أو في قرية من قراهم فادعى ذمي أنه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا استحسان
لأن دعواه تضمن النسب وهو نافع للصغير وإبطال الإسلام الثابت بالدار وهو يضره
فصحت دعوته فيما ينفعه دون ما يضره وإن وجد في قرية من قرى أهل الذمة أو في بيعة
أو في كنيسة كان ذميا وهذا الجواب فيما إذا كان الواجد ذميا رواية واحدة وإن كان
الواجد مسلما في هذا المكان أو ذميا في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب
اللقيط اعتبر المكان لسبقه وفي كتاب الدعوى في بعض النسخ اعتبر الواجد وهو رواية
ابن سماعة عن محمد رح لقوة اليد ألا ترى أن تبعية الأبوين فوق تبعية الدار حتى إذا
سبي مع الصغير أحدهما يعتبر كافرا وفي بعض النسخ اعتبر الإسلام نظرا للصغير
ومن ادعى أن اللقيط عبده لم يقبل منه لأنه حر ظاهرا إلا أن يقيم البينة أنه عبده
فإن ادعى عبد أنه ابنه ثبت نسبه منه لأنه ينفعه وكان حرا لأن المملوك قد تلد له الحرة فلا تبطل
الحرية الظاهرة بالشك والحر في دعوته اللقيط أولى من العبد والمسلم أولى من الذمي
ترجيحا لما هو الأنظر في حقه قال وإن وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له
اعتبارا للظاهر وكذا إذا كان مشدودا على دابة هو عليها لما ذكرنا ثم يصرفه الواجد إليه
بأمر القاضي لأنه مال ضائع ظاهرا وللقاضي ولاية صرف مثله إليه وقيل يصرفه بغير
أمر القاضي لأن للقيط ظاهرا وله ولاية الإنفاق وشراء ما لا بد منه كالطعام والكسوة
لأنه من الإنفاق ولا يجوز تزويج الملتقط لانعدام سبب الولاية من القرابة والملك
والسلطنة ولا تصرفه في مال اللقيط اعتبارا بالأم وهذا لأن ولاية التصرف
لتثمير المال وذلك يتحقق بالرأي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل واحد منهما
أحدهما قال ويجوز أن يقبض له الهبة لأنه نفع محض ولهذا يملكه الصغير بنفسه
إذا كان عاقلا وتملكه الأم ووصيها قال ويسلمه في صناعة لأنه من باب تثقيفه وحفظ
حاله قال ويؤاجره قال رضي وهذه رواية القدوري في مختصره وفي الجامع الصغير
لا يجوز أن يؤاجره ذكره في الكراهية وهو الأصح وجه الأول أنه يرجع إلى تثقيفه
وجه الثاني أنه لا يملك منافعه فأشبه العم بخلاف الأم لأنها تملكه على ما نذكره في الكراهية
إن شاء الله تعالى والله أعلم

كتاب اللقطة

اللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط
أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا

بل هو الافضل عند عامة العلماء وهو الواجب اذا خاف الضياع عليها قالوا واذا كان كذلك
لا يكون مضمونا عليه وكذلك اذا تصادقا على انه اخذها للمالك لان تصادقهما حجة في حقهما
فصار كالبينة ولو اقر انه اخذها لنفسه يضمن بالاجماع لانه اخذ مال غيره بغير اذنه
وبغير اذن الشرع وان لم يشهد الشهود عليه وقال الاخذ اخذته للمالك وكذبه المالك يضمن
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يضمن والقول قوله لان الظاهر شاهد له لاختياره
الحسبة دون المعصية ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه
وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله لان
الظاهر ان يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد
لقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة او اكثر لانها اسم جنس قال فان كانت اقل
من عشرة دراهم عرفها اياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا قال رض وهذا رواية
عن ابي حنيفة وقوله اياما معناه على حسب ما يرى وقدره محمد في الاصل بالحول من غير
تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي لقوله عم من التقط شيئا
فليعرفه سنة من غير فصل وجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة
دينار تساوي الف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الالف في تعلق القطع
في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكوة
فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليست في معنى الالف بوجه
ما ففوضنا الى رأي المبتلى به وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض
الى رأي الملتقط يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها
وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف ان يفسد تصدق به وينبغي ان يعرفها
في الموضع الذي اصابها وفي الجامع فان ذلك اقرب الى الوصول الى صاحبها وان
كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه
اباحة حتى جاز الانتفاع به من غير تعريف لكنه يبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول
لا يصح قال فان جاء صاحبها والا تصدق بها ايصالا للحق الى المستحق وهو واجب بقدر
الامكان وذلك بايصال عينها عند الظفر بصاحبها وايصال العوض وهو الثواب على
اعتبار اجازته التصدق بها وان شاء امسكها رجاء الظفر بصاحبها قال فان جاء صاحبها
يعني بعد ما تصدق بها فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل
باذن الشرع لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير قبل الاجازة
فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي لثبوته بعد الاجازة فيه وان شاء ضمن
الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه الا انه باباحة من جهة الشرع وهذا لا ينافي

لا ينافي الضمان حقا للعبد كما في تناول مال الغير حالة المخمصة وان شاء ضمن المسكين اذا
هلك في يده لانه قبض ماله بغير اذنه وان كان قائما اخذه لانه وجد عين ماله قال
ويجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي رح اذا وجد البقر
والبعير في الصحراء فالترك افضل وعلى هذا الخلاف الفرس لهما ان الاصل في اخذ مال
الغير الحرمة والاباحة مخافة الضياع فاذا كان معها ما يدفع عن نفسها يقل الضياع ولكنه
يتوهم فيقضى بالكراهة والندب الى الترك ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب
اخذها وتعريفها صيانة لاموال الناس كما في الشاة فان انفق الملتقط عليها بغير اذن
الحاكم فهو متبرع لقصور ولايته عن ذمة المالك وان انفق بامره كان ذلك دينا على صاحبها
لان للقاضي ولاية في مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق على ما نبين
واذا رفع ذلك الى الحاكم نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة آجرها وانفق عليها من اجرتها
لان فيه ابقاء العين على ملكه من غير الزام الدين عليه وكذلك يفعل بالعبد الآبق
وان لم يكن لها منفعة وخاف ان يستغرق النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء
له معنى عند تعذر ابقائه صورة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن في ذلك وجعل النفقة
دينا على مالكها لانه نصب ناظرا وفي هذا نظر من الجانبين قالوا انما يأمر بالانفاق
يومين او ثلاثة ايام على قدر ما يرى رجاء ان يظهر مالكها فان لم يظهر يامر ببيعها لان
دارة النفقة مستاصلة فلا نظر في الانفاق مدة مديدة قال رض في الاصل شرط اقامة
البينة وهو الصحيح لانه يحتمل ان يكون غصبا في يده فلا يامر فيه بالانفاق وانما يامر
في الوديعة فلا بد من البينة لكشف الحال وليست تقام للقضاء وان قال لا بينة لي
يقول القاضي له انفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت حتى ترجع على المالك ان كان
صادقا ولا ترجع ان كان غاصبا وقوله في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها
اشارة الى انه انما يرجع على المالك بعد ما حضر ولم تبع اللقطة اذا شرط القاضي
الرجوع على المالك وهذه رواية وهو الاصح قال واذا حضر يعني المالك فللملتقط
ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حي بنفقته فصار كانه استفاد الملك من جهته
فاشبه المبيع واقرب من ذلك راد الآبق فان له الحبس لانه يصير الحبس شبيه الرهن
قال ولقطة الحل والحرم سواء وقال الشافعي رح يجب التعريف الى ان يجيء صاحبها
لقوله عم في الحرم لا يحل لقطتها الا لمنشدها ولنا قوله عم اعرف عفاصها ووكاءها
ثم عرفها سنة من غير فصل ولانها لقطة وفي التصدق بعد مدة التعريف ابقاء
ملك المالك من وجه فيملكه كما في سائرها وتأويل ما روي انه لا يحل الالتقاط الا للتعريف
والتخصيص بالحرم لبيان انه لا يسقط التعريف فيه لمكان انه للغرباء ظاهرا قال

وإذا حضر رجل فادعى اللقطة لم تدفع إليه حتى يقيم البينة فإن أعطى علامتها حل للملتقط
أن يدفعها إليه ولا يجبر على ذلك في القضاء وقال مالك والشافعي رح يجبر على ذلك والعلامة
مثل أن يسمي وزن الدراهم وعددها ووكاءها ووعاءها لهما أن صاحب اليد ينازعه
في اليد ولا ينازعه في الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولا يشترط إقامة
البينة لعدم المنازعة من وجه ولنا أن اليد حق مقصود كالملك فلا يستحق إلا بحجة
وهي البينة اعتبارا بالملك إلا أنه يحل له الدفع عند إصابة العلامة لقوله عم فإن جاء
صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها إليه وهذا للإباحة عملا بالمشهور وهو قوله عم
البينة على المدعي واليمين على من أنكر ويأخذ منه كفيلا إذا كان يدفعها إليه استيثاقا
وهذا بلا خلاف لأنه يأخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غائب عنده فإذا صدقه
قيل لا يجبر على الدفع كالوكيل بقبض الوديعة إذا صدقه وقيل يجبر لأن المالك ههنا غير ظاهر
والمودع مالك ظاهرا ولا يتصدق باللقطة على غني لأن المأمور به التصدق لقوله عم
فإن لم يأت يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فأشبه الصدقة
المفروضة وإن كان الملتقط غنيا لم يجز له أن ينتفع بها وقال الشافعي رح يجوز لقوله عم
في حديث أبي رض فإن جاء صاحبها فادفعها إليه وإلا فانتفع بها وكان من المياسير
ولأنه إنما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغني يشاركه فيه ولنا أنه مال الغير
فلا يباح الانتفاع به إلا برضاه لإطلاق النصوص والإباحة للفقير لما رويناه أو بالإجماع
فيبقى ما وراءه على الأصل والغني محمول على الأخذ لاحتمال افتقاره في مدة التعريف
والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها وانتفاع أبي رض كان بإذن الإمام وهو
جائز بإذنه وإن كان الملتقط فقيرا فلا بأس بأن ينتفع بها لما فيه من تحقيق النظر من الجانبين
ولهذا جاز الدفع إلى فقير غيره وكذا إذا كان الفقير أباه أو ابنه أو زوجته وإن كان
هو غنيا لما ذكرنا والله أعلم

كتاب الإباق

الآبق أخذه أفضل في حق من يقوى عليه
لما فيه من إحيائه وأما الضال فقد قيل كذلك وقد قيل تركه أفضل لأنه لا يبرح مكانه
فيجده المالك ولا كذلك الآبق ثم آخذ الآبق يأتي به إلى السلطان لأنه لا يقدر على حفظه بنفسه
بخلاف اللقطة ثم إذا رفع الآبق إليه يحبسه ولو رفع الضال لا يحبسه لأنه لا يؤمن على الآبق
من الإباق ثانيا بخلاف الضال قال ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا
فله عليه جعله أربعون درهما وإن رده لأقل من ذلك فبحسابه وهذا استحسان والقياس
أن لا يكون له شيء إلا بالشرط وهو قول الشافعي رح لأنه متبرع بمنافعه فأشبه العبد
الضال ولنا أن الصحابة رض اتفقوا على وجوب أصل الجعل إلا أن منهم من أوجب
أربعين درهما ومنهم من أوجب أقل من ذلك فأوجبنا الأربعين في مسيرة السفر

وما دونها فيما دونه توفيقا وتلفيقا ولأن إيجاب الجعل أصله حامل على الرد إذ الحسبة
نادرة فيحصل صيانة أموال الناس والتقدير بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع
ولأن الحاجة إلى صيانة الضال دونها إلى صيانة الآبق لأنه لا يتوارى والآبق يختفي
ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر باصطلاحهما أو يفوض إلى رأي القاضي وقيل
يقسم الأربعون على الأيام الثلاثة إذ هي أقل مدة السفر وإن كانت قيمته أقل من أربعين
يقضى له بقيمته إلا درهما قال رض وهذا قول محمد وقال أبو يوسف له أربعون درهما
لأن التقدير بها ثبت بالنص فلا ينقص عنها ولهذا لا يجوز الصلح على الزيادة
بخلاف الصلح على الأقل لأنه حط منه ولمحمد رح أن المقصود حمل الغير على الرد ليحيى
مال المالك فينقص درهم ليسلم له شيء تحقيقا للفائدة وأم الولد والمدبر في هذا
بمنزلة القن إذا كان الرد في حياة المولى لما فيه من إحياء ملكه ولو رد بعد مماته
لا جعل فيهما لأنهما يعتقان بالموت بخلاف القن ولو كان الراد أبا المولى أو ابنه وهو
في عياله أو أحد الزوجين على الآخر فلا جعل لأن هؤلاء يتبرعون بالرد عادة
ولا يتناولهم إطلاق الكتاب قال وإن أبق من الذي رده فلا شيء عليه لأنه أمانة
في يده لكن هذا إذا أشهد وقد ذكرناه في اللقطة قال رض وذكر في بعض النسخ
لا شيء له وهو صحيح أيضا لأنه في معنى البائع من المالك ولهذا كان له أن يحبس
الآبق حتى يستوفي الجعل بمنزلة البائع يحبس المبيع لاستيفاء الثمن وكذا إذا
مات في يده لا شيء عليه لما قلنا ولو أعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالإعتاق
كما في العبد المشترى وكذا إذا باعه من الراد لسلامة البدل له والرد وإن كان له حكم
البيع لكنه بيع من وجه فلا يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض فجاز
قال وينبغي إذا أخذه أن يشهد عليه أنه يأخذه ليرده فالإشهاد حتم فيه على
قول أبي حنيفة ومحمد رح حتى لو رده من لم يشهد وقت الأخذ لا جعل له عندهما
لأن ترك الإشهاد أمارة أنه أخذه لنفسه وصار كما إذا اشتراه من الآخذ أو اتهبه
أو ورثه فرده على مولاه لا جعل له لأنه رده لنفسه إلا إذا أشهد أنه اشتراه
ليرده فيكون له الجعل وهو متبرع في أداء الثمن وإن كان الآبق رهنا فالجعل
على المرتهن لأنه أحيى ماليته بالرد وهي حقه إذ الاستيفاء منها والجعل
بمقابلة إحياء المالية فيكون عليه والرد في حياة الراهن وبعده سواء
لأن الرهن لا يبطل بالموت وهذا إذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل منه فإن كانت
أكثر فبقدر الدين عليه والباقي على الراهن لأن حقه بقدر المضمون فصار
كثمن الدواء وتخليصه عن الجناية بالفداء وإن كان مديونا فعلى المولى إن اختار

تضاء الدين وان منع بدئ بالجعل والباقي للغرماء لانه مؤنة الملك والملك فيه كالموقوف
فيجب على من يستقر له وان كان جانيا فعلى المولى ان اختار الفداء لعود المنفعة اليه لو
ما حصلت له وان رجع الواهب في هبته بعد الرد لان المنفعة للواهب ما حصلت بالرد
بل بترك الموهوب له التصرف فيه بعد الرد وان كان الصبي فالجعل في ماله لانه مؤنة ملكه
وان رده وصيه فلا جعل له لانه هو الذي يتولى الرد فيه والله تعالى اعلم

كتاب المفقود

واذا غاب الرجل فلم يعرف له موضع ولا يعلم هو حي او ميت نصب القاضي من يحفظ
ماله ويقوم عليه ويستوفي حقوقه لان القاضي نصب ناظرا لكل عاجز عن النظر
لنفسه والمفقود بهذه الصفة وصار كالصبي والمجنون وفي نصب الحافظ لماله
والقائم عليه نظر له وقوله ويستوفي حقوقه لوضاء انه يقبض غلاته والدين الذي
اقر به غريم من غرمائه لانه من باب الحفظ ويخاصم في دين وجب بعقده لانه اصيل
في حقوقه ولا يخاصم في الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض
في يد رجل لانه ليس بمالك ولا نائب عنه وانما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي
لا يملك الخصومة بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بالقبض من جهة المالك في الدين واذا كان
كذلك يتضمن الحكم قضاء على الغائب وانه لا يجوز الا اذا رآه القاضي وقضى به لانه
مجتهد فيه ثم ما كان يخاف عليه الفساد يبيعه القاضي لانه تعذر عليه الفساد في نفقة
لانه لا ولاية له على الغائب الا في حفظ ماله فلا يسوغ له ترك حفظ الصورة
وهو ممكن قال وينفق على زوجته واولاده من ماله وليس هذا الحكم مقصورا على
الاولاد بل يعم جميع قرابة الولاد والاصل ان كل من يستحق في ماله حال حضوره بغير
قضاء القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضاء حينئذ يكون اعانة وكل من
لا يستحقها في حضوره الا بالقضاء لا ينفق عليه من ماله في غيبته لان النفقة حينئذ
بالقضاء والقضاء على الغائب ممتنع فمن الاول الاولاد الصغار والاناث من الكبار
والزمنى من الذكور الكبار ومن الثاني الاخ والاخت والخال والخالة وقوله من ماله
مراده الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك في ماله
يحتاج الى القضاء بالقيمة وهي النقدان والتبر بمنزلتهما في هذا الحكم لانه يصلح
قيمة كالمضروب وهذا اذا كانت في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا ينفق
عليهم منها اذا كان المودع والمديون مقرين بالوديعة والدين والنكاح والنسب
وهذا اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضي فان كانا ظاهرين لا حاجة الى الاقرار بما ليس
بظاهر وهذا هو الصحيح وان دفع المودع بنفسه او من عليه دين بغير امر القاضي يضمن

المودع ولا يبرأ المديون لانه ما ادى الى صاحب الحق ولا الى نائبه بخلاف ما اذا دفع
بامر القاضي لان القاضي نائب عنه فان كان المودع والمديون جاحدين اصلا او كانا
جاحدين الزوجية والنسب لم ينتصب احد من مستحقي النفقة خصما في ذلك لان ما يدعيه
للغائب لم يتعين سببا لثبوت حقه وهو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب
في مال اخر للمفقود قال ولا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك رح اذا مضى اربع
سنين يفرق القاضي بينه وبين امرأته وتعتد امرأته عدة الوفاة ثم تتزوج
من شاءت لان عمر رض هكذا قضى في الذي استهوته الجن بالمدينة وكفى به اماما ولانه
منع حقها بالغيبة فيفرق القاضي بينهما بعد مضي مدة اعتبارا بالايلاء والعنة وبعد
الاعتبار اخذ المقدار منهما الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين
ولنا قوله عم في امرأة المفقود انها امرأته حتى ياتيها البيان وقول علي رض فيها هي
امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موت او طلاق خرج بيانا للبيان المذكور في المرفوع
ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا يوجب الفرقة والموت في حيز الاحتمال فلا يزال
النكاح بالشك وعمر رض رجع الى قول علي رض ولا معتبر بالايلاء لانه كان طلاقا معجلا
في الجاهلية فاعتبر في الشرع مؤجلا فكان موجبا للفرقة ولا بالعنة لان الغيبة
تعقب الاوبة والعنة قلما تنحل بعد استمرارها سنة واذا تم له مائة وعشرون سنة
من يوم ولد حكمنا بموته قال رض وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة رح وفي ظاهر المذهب
يقدر بموت الاقران وفي المروي عن ابي يوسف رح بمائة سنة وقدره بعضهم بتسعين
سنة والاقيس ان لا يقدر بشيء والارفق ان يقدر بتسعين قال واذا حكم بموته
اعتدت امرأته عدة الوفاة من ذلك الوقت وقسم ماله بين ورثته الموجودين
في ذلك الوقت كانه مات في ذلك الوقت معاينة اذ الحكمي معتبر بالحقيقي ومن مات
قبل ذلك لم يرث منه لانه لم يحكم بموته فيها فصار كما اذا كانت حياته معلومة ولا يرث
المفقود احدا مات في حال فقده لان بقاءه حيا في ذلك الوقت باستصحاب الحال
وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق وكذا لو اوصى للمفقود ومات الموصي ثم الاصل
انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب به ولكنه ينتقص حقه به يعطى اقل النصيبين
ويوقف الباقي وان كان معه وارث يحجب به لا يعطى اصلا بيانه رجل مات عن ابنتين
وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن والمال في يد اجنبي وتصادقوا على فقد الابن
وطلبت الابنتان الميراث يعطيان النصف لانه متيقن به ويوقف النصف الاخر
ولا يعطى ولد الابن لانهم يحجبون بالمفقود لو كان حيا فلا يستحقون الميراث
بالشك ولا ينزع من يد الاجنبي الا اذا ظهرت منه خيانة ونظير هذا الحمل فانه

يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى ولو كان معه وارث آخر ان كان لا يسقط
بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن
يسقط بالحمل لا يعطى وان كان ممن يتغير به يعطى الاقل للتيقن به كما في المفقود
وقد شرحناه في كفاية المنتهى باتم من هذا والله اعلم

كتاب الشركة

الشركة جائزة لانه عليه السلام بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليها قال الشركة
ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها الرجلان او يشتريانها
فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا باذنه وكل واحد منهما في نصيب صاحبه
كالاجنبي وهذه الشركة تتحقق في غير المذكور في الكتاب كما اذا اتهب الرجلان عينا
او ملكاها بالاستيلاء او اختلط مالهما من غير صنع احدهما او بخلطهما خلطا يمنع التميز
رأسا او الا بحرج ويجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه في جميع الصور ومن غير شريكه
بغير اذنه الا في صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز الا باذنه وقد بينا الفرق
في كفاية المنتهى والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول وهو
ان يقول احدهما شاركتك في كذا وكذا ويقول الآخر قبلت وشرطه ان يكون التصرف
المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا
بينهما فيتحقق حكمه المطلوب منه ثم هي على اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة
الصنائع وشركة الوجوه فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان
فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما لانها شركة عامة في جميع التجارات يفوض
كل واحد منهما امر الشركة الى صاحبه على الاطلاق اذ هي من المساواة قال قائلهم شعر
لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ● ولا سراة اذا جهالهم سادوا ● اي متساوين
فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك في المال والمراد به ما يصلح الشركة
فيه ولا يعتبر التفاضل فيما لا يصلح فيه الشركة وكذا في التصرف لانه لو ملك
احدهما تصرفا لا يملكه الآخر فات التساوي وكذا في الدين لما نبينه ان شاء الله تعالى
وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي
وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة وجه القياس انها تضمنت الوكالة بمجهول
الجنس والكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراده فاسد وجه الاستحسان قوله عليه السلام فاوضوا
فانه اعظم للبركة وكذا الناس يتعاملون بها من غير نكير وبه يترك القياس والجهالة
متحملة تبعا كما في المضاربة ولا تنعقد الا بلفظة المفاوضة لبعد شرائطها عن علم
العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه يجوز لان المعتبر هو المعنى قال ويجوز
بين الحرين الكبيرين المسلمين او الذميين لتحقق التساوي فان كان احدهما

كتابيا والآخر مجوسيا يجوز ايضا لما قلنا ولا يجوز بين الحر والمملوك ولا بين
الصبي والبالغ لانعدام المساواة لان الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك
لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة والتصرف الا باذن
المولى قال ولا بين المسلم والكافر وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
يجوز للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه احدهما
كالمفاوضة بين الشفعوي والحنفي فانها جائزة وتفاوتا في التصرف في متروك
التسمية الا انه يكره لان الذمي لا يهتدي الى الجائز من العقود ولهما انه لا تساوي
في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس المال خمورا او خنازير صح ولو اشتراها
مسلم لا يصح ولا يجوز بين العبدين ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين
لانعدام صحة الكفالة وفي كل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها ولا يشترط
ذلك في العنان كان عنانا لاستجماع شرائط العنان اذ هو قد يكون خاصا وقد يكون
عاما قال وتنعقد على الوكالة والكفالة لتحقق المقصود وهو الشركة في المال
على ما بينا والكفالة لتحقق المساواة فيما هو من مواجب التجارات وهو توجه المطالبة
نحوهما جميعا قال وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم
وكذا كسوته وكذا الادام لان مقتضى العقد المساواة وكل واحد منهما قائم مقام
صاحبه في التصرف فكان شراء احدهما كشرائهما الا ما استثناه في الكتاب وهو استحسان
لانه مستثنى عن المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع
ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة
والقياس ان يكون على الشركة لما بينا قال وللبائع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء
المشتري بالاصالة وصاحبه بالكفالة ويرجع الكفيل على المشتري بحصته مما ادى
لانه قضى دينا عليه من مال مشترك بينهما قال وما يلزم كل واحد منهما من الديون بدلا
عما يصح فيه الاشتراك والاستئجار ومن القسم الآخر الجناية والنكاح والخلع
والصلح عن دم العمد وعن النفقة قال ولو كفل احدهما بمال عن اجنبي لزم صاحبه
عند ابي حنيفة وقالا لا يلزمه لانه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون
والمكاتب ولو صدر من المريض يصح من الثلث وصار كالاقراض والكفالة
بالنفس ولابي حنيفة انه تبرع ابتداء ومفاوضة بقاء لانه يستوجب الضمان
بما يؤدي على المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره فبالنظر الى البقاء تتضمنه
المفاوضة وبالنظر الى الابتداء لم يصح ممن ذكره ويصح من الثلث من المريض
بخلاف الكفالة بالنفس لانه تبرع ابتداء وانتهاء واما الاقراض فعن ابي حنيفة

إذ يلزمه صاحبه ولم يسلم دونه عادة فيكون مثلها حكم عينها أو حكم البدل لحق ولا يصح فيه
الأجل فلا يتحقق مفاوضة ولو كانت الكفالة بغير أمره لم يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام
معنى المفاوضة ومطلق الجواب في الكتاب محمول على المقيد وضمان الغصب والاستهلاك
بمنزلة الكفالة عند أبي حنيفة رح لأنه معاوضة انتهاء قال وإن ورث أحدهما مالا
تصح فيه الشركة أو وهب له ووصل إلى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا
لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال إذ هي شرط فيه ابتداء وبقاء وهذا لأن الآخر
لا يشاركه فيما أصابه لانعدام السبب في حقه إلا أنها تنقلب عنانا للإمكان فإن المساواة
ليست بشرط فيه ولدوامه حكم الابتداء لكونه غير لازم وإن ورث أحدهما عرضا فهو له
ولا تفسد المفاوضة وكذا العقار لأنه لا تصح فيه الشركة فلا يشترط فيه المساواة

فصل ولا تنعقد الشركة إلا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وقال مالك
يجوز بالعروض والمكيل والموزون أيضا إذا كان الجنس واحدا لأنها عقدت على رأس مال
معلوم فأشبه النقود بخلاف المضاربة لأن القياس يأباها لما فيها من ربح ما لم
يضمن فيقتصر على مورد الشرع ولنا أنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن لأنه إذا باع
كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة في مال صاحبه
ربح ما لم يملك وما لم يضمن بخلاف الدراهم والدنانير لأن ثمن ما يشتريه في ذمته إذ هي
لا تتعين فكان ربح ما يضمن ولأن أول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء
وبيع أحدهما ماله على أن يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز أما شراء أحدهما شيئا بماله على
أن يكون المبيع بينه وبين غيره جائز وأما الفلوس النافقة فلأنها تروج رواج
الأثمان فالتحقت بها قالوا هذا قول محمد رح لأنه ملحقة بالنقود عنده حتى لا تتعين
بالتعيين ولا يجوز بيع اثنين بواحد بأعيانهما على ما عرف أما عند أبي حنيفة وأبي يوسف
لا تجوز الشركة والمضاربة بها لأن ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير
سلعة ويروى عن أبي يوسف رح مثل قول محمد والأول أقيس وأظهر وعن أبي حنيفة رح صحة
المضاربة بها قال ولا يجوز بما سوى ذلك إلا أن يتعامل الناس بالتبر والنقرة فتصح
الشركة بهما هكذا ذكر في الكتاب وفي الجامع الصغير ولا تكون المفاوضة بمثاقيل
ذهب أو فضة ومراده التبر فعلى هذه الرواية التبر سلعة تتعين بالتعيين
فلا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات وذكر في كتاب الصرف أن النقرة لا تتعين
بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد بهلاكه قبل التسليم فعلى تلك الرواية تصلح رأس
المال فيهما وهذا لما عرف أنهما خلقا ثمنين في الأصل إلا أن الأول أصح لأنها وإن كانت
خلقت للتجارة في الأصل لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لأن عند ذلك

لا يصرف إلى شيء آخر ظاهرا إلا أن يجري التعامل باستعمالها ثمنا فينزل التعامل بمنزلة
الضرب فيكون ثمنا ويصلح رأس المال ثم قوله ولا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون
والعددي المتقارب ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط ولكل واحد منهما متاعه وعليه
وضيعته فإن خلطا ثم اشتركا فكذلك عند أبي يوسف رح والشركة شركة ملك لا شركة عقد
وعند محمد تصح شركة العقد وثمرة الاختلاف تظهر عند التساوي في المالين واشتراط
التفاضل في الربح فظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف رح لأنه يتعين بالتعيين
بعد الخلط كما يتعين قبله ولمحمد أنها ثمن من وجه حتى جاز البيع بها دينا في الذمة
ومبيع من حيث إنه يتعين بالتعيين فعملنا بالشبهين بالإضافة إلى الحالين
بخلاف العروض لأنها ليست ثمنا بحال ولو اختلفا جنسا كالحنطة والشعير
والزيت والسمن فخلطا لا تنعقد الشركة بها بالاتفاق والفرق لمحمد أن المخلوط
من جنس واحد من ذوات الأمثال ومن جنسين من ذوات القيم فتتمكن الجهالة
كما في العروض وإذا لم تصح الشركة فحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء قال
وإذا أراد الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر
ثم عقد الشركة قال رض وهذه شركة ملك لما بينا أن العروض لا تصلح رأس مال
الشركة وتأويله إذا كانت قيمة متاعهما على السواء ولو كان بينهما تفاوت يبيع صاحب
الأقل بقدر ما تثبت به الشركة قال وأما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون
الكفالة وهي أن يشترك اثنان في نوع بر أو طعام أو يشتركان في عموم التجارات ولا
يذكران الكفالة وانعقاده على الوكالة لتحقق مقصوده لما بينا ولا ينعقد
على الكفالة لأن اللفظ مشتق من الإعراض يقال عن له أي اعترض له وهذا لا ينبئ
عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ ويصح التفاضل في المال
للحاجة إليه وليس من قضية اللفظ المساواة ويصح أن يتساويا في المال ويتفاضلا
في الربح وقال زفر والشافعي رح لا يجوز لأن التفاضل فيه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن
فإن المال إذا كان نصفين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان
إذ الضمان بقدر رأس المال ولأن الشركة عندهما في الربح للشركة في الأصل ولهذا
يشترطان الخلط فصار بمنزلة نماء الأعيان فيستحق بقدر الملك في الأصل ولنا قوله عم الربح
على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يفصل ولأن الربح كما يستحق بالمال
يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون أحدهما أحذق وأهدى أو أكثر عملا وأقوى
فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل بخلاف اشتراط جميع الربح
لأحدهما لأنه يخرج العقد به من الشركة ومن المضاربة أيضا إلى قرض باشتراطه

للعامل او الى بضاعة باشتراط لرب المال وهذا العقد يشبه المضاربة من حيث انه
يعمل في مال الشريك ويشبه الشركة اسما وعملا فانهما يعملان فعملنا بشبه المضاربة وقلنا
يصح اشتراط الربح من غير ضمان وبشبه الشركة حتى لا تبطل باشتراط العمل عليهما قال
ويجوز ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض لان المساواة في المال ليس
بشرط فيه اذ اللفظ لا يقتضيه ولا يصح الا بما بينا ان المفاوضة تصح به للوجه
الذي ذكرناه قال ويجوز ان يشتركا ومن جهة احدهما دنانير ومن جهة الآخر دراهم
وكذا من جهة احدهما دراهم بيض ومن الآخر سود وقال زفر والشافعي رح لا يجوز وهذا
بناء على اشتراط الخلط وعدمه فان عندهما شرط ولا يتحقق ذلك في مختلفي الجنس
وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طولب بثمنه دون
الآخر لما بينا انه يتضمن الوكالة دون الكفالة والوكيل هو الاصيل في الحقوق قال
ثم يرجع على شريكه بحصته منه معناه اذا ادى من مال نفسه لانه وكيل من جهته
في حصته فاذا نقد من مال نفسه رجع عليه فان كان لا يعرف ذلك الا بقوله فعليه الحجة
لانه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه قال
واذا هلك مال الشركة او احد المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركة لان
المعقود عليه في عقد الشركة المال فانه يتعين فيه كما في الهبة والوصية وبهلاك
المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة لانه
لا يتعين الثمنان فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض على ما عرف وهذا ظاهر
فيما اذا هلك المالان وكذا اذا هلك احدهما لانه ما رضي بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه
في ماله فاذا فات ذلك لم يكن راضيا بشركته فيبطل العقد لعدم فائدته وايهما هلك
هلك من مال صاحبه ان هلك في يده فظاهر وكذا اذا كان في يد الآخر لانه امانة في يده
بخلاف ما بعد الخلط حيث يهلك على الشركة لانه لا يتميز فيجعل الهالك من المالين
وان اشترى احدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء فالمشترى بينهما على ما
شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء فلا يتغير الحكم
بهلاك مال الآخر بعد ذلك ثم الشركة شركة عقد عند محمد رح خلافا للحسن بن زياد
حتى ان ايهما باع جاز بيعه لان الشركة قد تمت في المشترى فلا تنتقض بهلاك
المال بعد تمامها قال ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه لانه اشترى نصفه بوكالته
ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه هذا اذا اشترى احدهما باحد المالين اولا
ثم هلك مال الآخر اما اذا هلك احدهما ثم اشترى الآخر بالمال الآخر ان صرحا
بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان الشركة ان

ان بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة فكان مشتركا بحكم الوكالة ويكون شركة ملك
ويرجع على شريكه بحصته من الثمن لما بيناه وان ذكرا مجرد الشركة ولم يتنصا على
الوكالة فيها كان المشترى للذي اشتراه خاصة لان الوقوع على الشركة حكم الوكالة
التي تضمنتها الشركة فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها بخلاف ما اذا صرحا بالوكالة
لانها مقصودة قال ويجوز ان يشتركا وان لم يخلطا المال وقال زفر والشافعي رح
لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يقع الفرع على الشركة الا بعد الشركة في الاصل
وانه بالخلط وهذا لان المحل هو المال ولهذا يضاف اليه ويشترط تعيين رأس المال
بخلاف المضاربة لانها ليست بشركة وانما هو عمل لرب المال فيستحق الربح عمالة
على عمله اما ههنا فبخلافه وهذا اصل كبير لهما حتى يعتبر اتحاد الجنس ويشترط الخلط
ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال ولا يجوز شركة التقبل والاعمال
لانعدام المال ولنا ان الشركة في الربح مستندة الى العقد دون المال لان العقد
يسمى شركة فلا بد من تحقيق معنى هذا الاسم فيه فلم يكن الخلط شرطا ولان الدراهم
والدنانير لا يتعينان فلا يستفاد الربح برأس المال وانما يستفاد بالتصرف
لانه في النصف اصيل وفي النصف الآخر وكيل واذا تحققت الشركة في
التصرف بدون الخلط تحققت في المستفاد به وهو الربح بدونه وصار كالمضاربة
فلا يشترط اتحاد الجنس والتساوي في الربح وتصح شركة التقبل قال ولا يجوز
الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح لانه شرط يوجب انقطاع الشركة
فعساه لا يخرج الا قدر المسمى لاحدهما ونظيره في المزارعة قال ولكل واحد
من المتفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة ولان له
ان يستأجر على العمل والتحصيل بغير عوض دونه فيملكه وكذا له ان يودعه لانه معتاد
ولا يجد التاجر منه بدا قال ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة فتتضمنها
وعن ابي حنيفة رح انه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول اصح وهو رواية الاصل
لان الشركة غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح كما اذا استأجره باجر بل اولى
لانه تحصيل بدون ضمان في ذمته بخلاف الشركة حيث لا يملكها لان الشيء لا يستتبع مثله
قال ويوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشراء من توابع التجارة والشركة انعقدت
للتجارة بخلاف الوكيل بالشراء حيث لا يملك ان يوكل غيره لانه عقد خاص طلب منه
تحصيل العين فلا يستتبع مثله قال ويده في المال يد امانة لانه قبض المال باذن
المالك لا على وجه البدل والوثيقة فصار كالوديعة قال واما شركة الصنائع
وتسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين يشتركان على ان يتقبلا الاعمال

ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك وهذا عندنا وقال الشافعي لا يجوز لأن هذه الشركة
لا يفيد مقصودها وهو التثمير لأنه لا بد من رأس المال وهذا لأن الشركة في الربح
تبتنى على الشركة في المال على أصلها على ما قررناه ولنا أن المقصود منه التحصيل
وهو ممكن بالتوكيل لأنه لما كان وكيلا في النصف أصيلا في النصف تحققت
الشركة في المال المستفاد ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر
رحمه الله فيهما لأن المعنى المجوز للشركة وهو ما ذكرناه لا يتفاوت ولو شرطا العمل
نصفين والمال أثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز لأن الضمان بقدر العمل فالزيادة
عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد لتعديه إليه وصار كشركة الوجوه ولكنا
نقول ما يأخذه لا يأخذه ربحا لأن الربح عند اتحاد الجنس وقد اختلف لأن رأس المال
عمل والربح مال فكان بدل العمل والعمل يتقوم بالتقويم فيتقدر بقدر ما قوم به
فلا يكون ربح ما لم يضمن بخلاف شركة الوجوه لأن جنس المال متفق والربح يتحقق في الجنس المتفق
وربح ما لم يضمن لا يجوز إلا في المضاربة وما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه
ويلزم شريكه حتى إن كل واحد منهما يطالب بالعمل ويطالب بالأجر ويبرأ الدافع
بالدفع إليه وهذا ظاهر في المفاوضة وفي غيرها استحسان والقياس خلاف ذلك
لأن الشركة وقعت مطلقة والكفالة مقتضى المفاوضة وجه الاستحسان أن هذه
الشركة مقتضية للضمان ألا ترى أن ما يتقبله كل واحد منهما مضمون على الآخر ولهذا
يستوجب الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء
البدل وأما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا
فتصح الشركة على هذا سميت به لأنه لا يشترى بالنسيئة إلا من له وجاهة عند الناس
وإنما تصح مفاوضة لأنه يمكن تحقيق الكفالة والوكالة في الأبدال وإذا أطلقت
تكون عنانا لأن مطلقه ينصرف إليه وهي جائزة عندنا خلافا للشافعي والأصل من الجانبين
على ما بينا في شركة التقبل فالوكيل كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه لأن التصرف
على الغير لا يجوز إلا بوكالة أو ولاية ولا ولاية فتعين الأول فإن شرطا
أن المشترى بينهما نصفان فالربح كذلك يجوز ولا يجوز أن يتفاضلا فيه وإن شرطا
أن يكون المشترى بينهما أثلاثا فالربح كذلك وهذا لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو بالعمل
أو بالضمان فرب المال يستحقه بالمال والمضارب بالعمل والأستاذ الذي يلقي العمل
على التلميذ بالنصف بالضمان ولا يستحق بما سواها ألا ترى أن من قال لغيره تصرف
في مالك على أن لي ربحه لم يجز لعدم هذه المعاني واستحقاق الربح في شركة الوجوه
بالضمان على ما بينا والضمان على قدر الملك في المشترى وكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن

ما لم يضمن فلا يصح اشتراطه إلا في المضاربة والوجوه ليست في معناها بخلاف العنان
لأنه في معناها من حيث إن كل واحد يعمل في مال صاحبه فيلحق بها والله تعالى أعلم

فصل في الشركة الفاسدة

ولا تجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وما اصطاده كل واحد منهما أو احتطبه
فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في أخذ كل شيء مباح لأن الشركة متضمنة
معنى الوكالة والتوكيل في أخذ المباح لأن أمر الموكل به غير صحيح والوكيل يملكه بدون أمره
فلا يصلح نائبا عنه وإنما يثبت الملك بالأخذ وإحراز المباح فإن أخذاه معا فهو بينهما
نصفان لاستوائهما في سبب الاستحقاق وإن أخذه أحدهما ولم يعمل الآخر شيئا فهو
للعامل وحده والشيء منه وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله بأن قلعه أحدهما وجمعه
الآخر أو قلعه وجمعه وحمله الآخر فللمعين أجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله وعند أبي يوسف
لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقد عرف في موضعه قال وإذا اشتركا ولأحدهما
بغل وللآخر راوية يستقي عليها الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله للذي
استقى وعليه أجر المثل للراوية إن كان صاحب البغل وإن كان صاحب الراوية فعليه أجر
مثل البغل أما فساد الشركة فلانعقادها على إحراز المباح وهو الماء وأما وجوب
الأجر فلأن المباح إذا صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير
وهو البغل أو الراوية بعقد فاسد فيلزمه أجره وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر
رأس المال ويبطل شرط التفاضل لأن الربح فيها تابع للمال فيتقدر بقدره كما أن الريع تابع
للبذر في المزارعة والزيادة إنما تستحق بالتسمية وقد فسدت فبقي الاستحقاق على
قدر رأس المال وإذا مات أحد الشريكين أو ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة لأنها
تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقق الشركة على ما مر والوكالة تبطل بالموت وكذا
باللحاق مرتدا إذا قضى القاضي بلحاقه لأنه بمنزلة الموت على ما بيناه من قبل ولا فرق
بين ما إذا علم الشريك بموت صاحبه أو لم يعلم لأنه عزل حكمي وإذا بطلت الوكالة بطلت
الشركة بخلاف ما إذا فسخ أحد الشريكين الشركة حيث يتوقف على علم الآخر لأنه عزل قصدي

فصل وليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه لأنه ليس من جنس
التجارة فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه أن يؤدي زكاته فأدى كل واحد منهما فالثاني
ضامن علم بأداء الأول أو لم يعلم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن إذا لم يعلم
وهذا إذا أديا على التعاقب أما إذا أديا معا ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه وعلى هذا
الاختلاف المأمور بأداء الزكاة إذا تصدق على الفقير بعد ما أدى الآمر بنفسه لهما
أنه مأمور بالتمليك من الفقير وقد أتى به فلا يضمن للموكل وهذا لأن في وسعه التمليك

لا دم عليه ذكره لتعلقه بذمة الموكل وانما يطلب منه ما في وسعه فصار كالمامور
بذبح دم الاحصار اذا ذبح بعد ما زال الاحصار وحج الامر لم يضمن المامور علم او لم يعلم
ولابي حنيفة رح انه مامور باداء الزكوة والمؤدى لم يقع زكوة فصار مخالفا وهذا
لان المقصود من الامر اخراج نفسه عن عهدة الواجب لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر
الا لدفع الضرر وهذا المقصود حصل باداءه وعري اداء المامور عنه فصار معزولا
علم او لم يعلم لانه عزل حكمي واما دم الاحصار فقد قيل هو على هذا الخلاف وقيل بينهما فرق
ووجهه ان الدم ليس بواجب عليه فانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار وفي مسئلتنا
الاداء واجب عليه فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه دون دم الاحصار قال واذا اذن
احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فيطأها ففعل فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لانه ادى دينا عليه خاصة من مال مشترك فيرجع عليه
صاحبه بنصيبه كما في شراء الطعام والكسوة وهذا لان الملك واقع له خاصة والثمن
بمقابلة الملك وله ان الجارية دخلت في الشركة على البتات جريا على مقتضى الشركة
اذ هما لا يملكان تغييره فاشبه حال عدم الاذن غير ان الاذن يتضمن هبة نصيبه منه
لان الوطي لا يحل الا بالملك ولا وجه الى اثباته بالبيع لما بينا انه يخالف مقتضى الشركة
فاثبتناه بالهبة الثابتة في ضمن الاذن بخلاف الطعام والكسوة لان ذلك مستثنى
عنها للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد وكان مؤديا دينا عليه من مال
الشركة وفي مسئلتنا قضى دينا عليهما لما بينا وللبائع ان ياخذ بالثمن ايهما شاء
بالاتفاق لانه دين وجب بسبب التجارة والمفاوضة تضمنت الكفالة فصار
كالطعام والكسوة والله اعلم

كتاب الوقف

قال ابو حنيفة رحمه الله لا يزول
ملك الواقف عن الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت
داري على كذا وقال ابو يوسف رح يزول الملك بمجرد القول وقال محمد رح لا يزول حتى
يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه قال رض الوقف في اللغة هو الحبس تقول وقفت
الدابة واوقفتها بمعنى واحد وهو في الشرع عند ابي حنيفة رح حبس العين على ملك
الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية ثم قيل المنفعة معدومة والتصدق
بالمعدوم لا يصح فلا يجوز الوقف اصلا عنده وهو الملفوظ في الاصل والاصح
انه جائز عنده الا انه غير لازم بمنزلة العارية وعندهما حبس العين على حكم
ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنه الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد
فيلزم ولا يباع ولا يوهب ولا يورث واللفظ ينتظمهما والترجيح بالدليل لهما قوله عم لعمر رض
حين اراد ان يتصدق بارض له تدعى ثمغ تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب ولا

170

يورث ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف منه ليصل ثوابه اليه على
الدوام وقد امكن دفع حاجته باسقاط الملك وجعله لله تعالى اذ له نظير في الشرع
وهو المسجد فيجعل كذلك ولابي حنيفة قوله عم لا حبس عن فرائض الله تعالى وعن شريح
جاء محمد عم ببيع الحبيس ولان الملك باق فيه بدليل انه يجوز الانتفاع به زراعة
وسكنى وغير ذلك والملك فيه للواقف الا ترى ان له ولاية التصرف فيه بصرف غلاته
الى مصارفها ونصب القوام فيها الا انه يتصدق بمنافعه فصار شبيه العارية ولانه
يحتاج الى التصدق بالغلة دائما ولا تصدق عنه الا بالبقاء على ملكه ولانه لا يمكن ان
يزول الى مالك لانه غير مشروع مع بقائه كالسائبة بخلاف الاعتاق لانه
اتلاف وبخلاف المسجد لانه جعل خالصا لله تعالى ولهذا لا يجوز الانتفاع به وههنا
لم ينقطع حق العبد عنه فلم يصر خالصا لله تعالى قال رض قال في الكتاب لا يزول
ملك الواقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته وهذا في حكم الحاكم صحيح لانه قضاء
في مجتهد فيه اما في تعليقه بالموت فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه
مؤبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع مؤبدا فيلزم والمراد بالحكم الحاكم المولى
ففيه اختلف المشايخ ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي رح هو بمنزلة الوصية
بعد الموت والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة وعندهما يلزم الا انه يعتبر من الثلث
والوقف في الصحة من جميع المال واذا كان الملك يزول عندهما يزول بالقول عند
ابي يوسف رح وهو قول الشافعي رح بمنزلة الاعتاق لانه اسقاط الملك وعند محمد
لا بد من التسليم الى المتولي لان حق الله تعالى انما يثبت فيه في ضمن التسليم الى العبد
لان التمليك من الله تعالى وهو مالك الاشياء لا يتحقق مقصودا وقد يكون
تبعا لغيره فياخذ حكمه فينزل بمنزلة الزكوة والصدقة قال واذا صح
الوقف على اختلافهم وفي بعض النسخ واذا استحق مكان قوله خرج من ملك
الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه لانه لو دخل في ملك الموقوف عليه
لا يتوقف بل ينفذ بيعه كسائر املاكه ولانه لو ملكه لما انتقل عنه بشرط
المالك الاول كسائر املاكه قال رض وقوله خرج عن ملك الواقف يجب ان يكون
قولهما على الوجه الذي سبق تقديره قال ووقف المشاع جائز عند ابي يوسف
لان القسمة من تمام القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وقال محمد
لا يجوز لان اصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به وهذا فيما يحتمل القسمة
فاما فيما لا يحتمل القسمة فيجوز مع الشيوع عند محمد ايضا لانه يعتبره بالهبة
والصدقة المنفذة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع فيما لا يحتمل

المشترك ايضا عند ابي يوسف رح لان بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهاياة فيهما
في غاية القبح بان تقبر فيه الموتى سنة ويزرع سنة ويصلى فيه في وقت ويتخذ
اصطبلا في وقت بخلاف الوقف لامكان الاستغلال وقسمة الغلة ولو وقف
الكل ثم استحق جزء منه بطل في الباقي عند محمد رح لان الشيوع مقارن كما في الهبة
بخلاف ما اذا رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض
وقد وهب او وقف في مرضه وفي المال ضيق لان الشيوع في ذلك طارئ ولو
استحق جزء مميز بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء وعلى
هذا الهبة والصدقة المملوكة قال ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد رح حتى يجعل اخره
لجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف رح اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها
للفقراء وان لم يسمهم لهما ان موجب الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتأبد
كالعتق فاذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه فلهذا كان
التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولابي يوسف ان المقصود هو التقرب الى الله تعالى
وهو موفر عليه لان التقرب تارة يكون في الصرف الى جهة تنقطع وتارة
الى جهة تتأبد فيصح في الوجهين وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان عند ابي يوسف رح
لا يشترط ذكر التأبيد لان لفظ الوقف والصدقة منبئ عنه لما ذكرنا انه
ازالة الملك بدون التمليك كالعتق ولهذا قال في الكتاب في بيان قوله وصار بعدها
للفقراء وان لم يسمهم وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة
بالمنفعة او بالغلة وذلك قد يكون موقتا وقد يكون مؤبدا فمطلقه لا ينصرف
الى التأبيد فلا بد من التنصيص قال ويجوز وقف العقار لان جماعة من الصحابة رضي
وقفوه ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول قال رضي الله عنه وهذا على الارسال قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز وكذا سائر
الالات الحراثة لانها تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وقد يثبت من الحكم تبعا
ما لا يثبت مقصودا كالشرب في البيع والبناء في الوقف ومحمد رح معه فيه
لانه لما جاز افراد بعض المنقول بالوقف عنده فلان يجوز الوقف فيه تبعا
اولى وقال محمد رح يجوز حبس الكراع والسلاح معناه وقفه في سبيل الله تعالى
وابو يوسف رح معه فيه على ما قالوا وهو استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل
وجه الاستحسان الاثار المشهورة فيه وهو قوله عم واما خالد فقد حبس ادرعا له
وافراسا في سبيل الله وطلحة رض حبس دروعه في سبيل الله ويروى اكراعه
والكراع الخيل ويدخل في حكمه الابل لان العرب يجاهدون عليها وكذا السلاح يحمل

يحمل عليها وعن محمد رح انه يجوز وقف ما فيه تعامل من المنقولات كالفأس والمر والقدوم
والمنشار والجنازة وثيابها والقدور والمراجل والمصاحف وعند ابي يوسف رح لا يجوز
لان القياس انما يترك بالنص والنص ورد في الكراع والسلاح فيقتصر عليه
ومحمد رح يقول القياس قد يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد
التعامل في هذه الاشياء وعن نصير بن يحيى رح انه وقف كتبه الحاقا لها
بالمصحف وهذا صحيح لان كل واحد يمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة واكثر
فقهاء الامصار على قول محمد رح وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي رح
كل ما يمكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه لانه يمكن الانتفاع
به فاشبه العقار والكراع والسلاح ولنا ان الوقف فيه لا يتأبد ولا بد منه
على ما بينا فصار كالدراهم والدنانير بخلاف العقار ولا معارض من حيث
السمع ولا من حيث التعامل فبقي على اصل القياس وهذا لان العقار يتأبد والجهاد
سنام الدين فكان معنى القربة فيهما اقوى فلا يكون غيرهما في معناهما قال
واذا صح الوقف لم يجز بيعه ولا تمليكه الا ان يكون مشاعا عند ابي يوسف رح فيطلب
الشريك القسمة فيصح مقاسمته اما امتناع التمليك فلما بينا واما جواز القسمة
فلانها تمييز وافراز غاية الامر ان الغالب في غير المكيل والموزون معنى المبادلة
الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا وتمليكا
ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف
وبعد الموت الى وصيه وان وقف نصف عقار خالص له فالذي يقاسمه القاضي
او يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه لان الواحد
لا يجوز ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم ان اعطى الواقف
لا يجوز لامتناع بيع الوقف وان اعطى جاز ويكون بقدر الدراهم شراء قال
والواجب ان يبتدأ من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف او لم يشترط
لان قصد الواقف صرف الغلة مؤبدا ولا تبقى دائمة الا بالعمارة فيثبت شرط
العمارة اقتضاء ولان الخراج بالضمان فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها
على الموصى له بها ثم ان كان الوقف على الفقراء لا يظفر بهم واقرب اموالهم هذه الغلة
فتجب فيها ولو كان الوقف على رجل بعينه واخره للفقراء فهو في ماله اي مال شاء في حال
حياته ولا يؤخذ من الغلة لانه معين يمكن مطالبته وانما تستحق العمارة عليه
بقدر ما يبقى الموقوف على الصفة التي وقفه وان خرب يبنى على ذلك الوصف
لانها بصفتها صارت غلتها مصروفة الى الموقوف عليه فاما الزيادة على ذلك

فليست بمستحقة والغلة مستحقة له فلا يجوز صرفها الى شيء آخر الا برضاه وان كان
الوقف على الفقراء فكذلك عند البعض وعند الآخرين لا يجوز ذلك والاول اصح لان
المصروف الى العمارة ضرورة ابقاء الوقف ولا ضرورة في الزيادة قال فان وقف
داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان على ما مر فصار كنفقة
العبد الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك او كان فقيرا آجرها الحاكم وعمرها باجرتها
واذا عمرها ردها الى من له السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب
السكنى لانه لو لم يعمرها يفوت السكنى اصلا والاول اولى ولا يجبر الممتنع على العمارة
لما فيه من اتلاف ماله فاشبه امتناع صاحب البذر في المزارعة ولا يكون امتناعه
رضا منه ببطلان حقه لانه في حيز التردد ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك
قال وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج
اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها لانه لا بد من العمارة
ليبقى على التأبيد فيحصل مقصود الواقف فان مست الحاجة اليه في الحال صرفها فيها
والا امسكها حتى لا يتعذر عليه ذلك اوان الحاجة فيبطل المقصود وان تعذر اعادة
عينه الى موضعه بيع وصرف ثمنه الى المرمة صرفا للبدل الى مصرف المبدل ولا يجوز
ان يقسمه يعني النقض بين مستحقي الوقف لانه جزء من العين ولا حق للموقوف
عليهم فيه وانما حقهم في المنافع والعين حق الله تعالى فلا يصرف اليهم غير حقهم قال
واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف رحمه الله
قال رضي الله عنه ذكر فصلين شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز عند
ابي يوسف ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الرازي وبه قال الشافعي
وقيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز وقيل
هي مسئلة مبتدأة والخلاف فيما اذا شرط البعض لنفسه حال حيوته وبعد موته
للفقراء وفيما اذا شرط الكل لنفسه في حيوته وبعد موته للفقراء سواء ولو وقف
وشرط البعض او الكل لامهات اولاده ومدبريه ما داموا احياء فاذا ماتوا فهو للفقراء
والمساكين فقد قيل يجوز بالاتفاق وقد قيل هو على الخلاف ايضا وهو الصحيح لان
اشتراطه لهم في حيوته كاشتراطه لنفسه وجه قول محمد ان الوقف تبرع على وجه
التمليك بالطريق الذي قدمناه فاشتراطه الكل او البعض لنفسه يبطله لان التمليك
لنفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة وشرط بعض بقعة المسجد لنفسه
ولابي يوسف ما روي ان النبي عليه السلام كان يأكل من صدقته والمراد منها صدقته الموقوفة
ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فدل على صحته ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على

وجه القربة على ما بيناه فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا
لله تعالى لنفسه لا ان يجعل ملك نفسه لنفسه وهذا جائز كما اذا بنى خانا او سقاية
او جعل ارضه مقبرة وشرط ان ينزل او يشرب منه او يدفن فيها ولان مقصوده القربة
وفي الصرف الى نفسه ذلك قال عليه السلام نفقة الرجل على نفسه صدقة ولو شرط الواقف
ان يستبدل بها ارضا اخرى اذا شاء ذلك فهو جائز عند ابي يوسف وعند محمد الوقف
جائز والشرط باطل ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلثة ايام جاز الوقف والشرط
عند ابي يوسف وعند محمد الوقف باطل وهذا بناء على ما ذكرناه اما فصل الولاية فقد
نص فيه على قول ابي يوسف وهو قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب وذكر هلال
في وقفه وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لم يكن له
ولاية وقال مشايخنا الاشبه ان يكون هذا قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم
شرط لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه ولنا ان المتولي انما يستفيد الولاية
من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له الولاية وغيره يستفيد الولاية منه ولانه
اقرب الناس الى هذا الوقف فيكون اولى بولايته كمن اتخذ مسجدا يكون اولى بعمارته
ونصب المؤذن فيه وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه ولو
ان الواقف شرط الولاية لنفسه وكان الواقف غير مأمون على الوقف فللقاضي
ان ينزعها من يده نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار وكذا اذا شرط
ان ليس لسلطان ولا لقاض ان يخرجها من يده ويوليها غيره لانه شرط مخالف لحكم
الشرع فبطل والله اعلم

فصل

واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه
عن ملكه بطريقه ويأذن للناس بالصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال ملكه عنه عند ابي حنيفة
اما الافراز فلانه لا يخلص لله تعالى الا به واما الصلوة فيه فلانه لا بد من التسليم
عند ابي حنيفة ومحمد ويشترط تسليم نوعه وذلك في المسجد بالصلوة فيه او
لانه لما تعذر القبض يقام تحقق المقصود مقامه ثم يكتفى بصلوة الواحد فيه
في رواية عن ابي حنيفة وكذا عن محمد لان فعل الجنس متعذر فيشترط ادناه
وعن محمد انه يشترط الصلوة بالجماعة لان المسجد بني لذلك في الغالب وعن
ابي حنيفة انه يشترط الصلوة بالجماعة باذان واقامة بادي في البلاغ لانه قبل مصلى
في البيت جماعة وقال ابو يوسف يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم
عنده ليس بشرط لانه اسقاط الملك للعبد فيصير خالصا لله تعالى بسقوط
حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل قال ومن جعل مسجدا تحته
سرداب او فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله فله ان يبيعه

وان مات يورث عنه لانه لم يخلص لله تعالى لبقاء حق العبد متعلقا به ولو كان السرداب لمصالح
المسجد جاز كما في مسجد بيت المقدس وروى الحسن عنه انه قال اذا جعل السفل مسجدا
وعلى ظهره مسكن فهو مسجد لان المسجد مما يتأبد وذلك يتحقق في السفل دون العلو
وعن محمد على عكس هذا لان المسجد معظم واذا كان فوقه مسكن او مستغل يتعذر
تعظيمه وعن ابي يوسف انه جوز في الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق المنازل
فكأنه اعتبر الضرورة وعن محمد انه حين دخل الري اجاز ذلك كله لما قلنا قال
وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه يعني له ان يبيعه ويورث
عنه لان المسجد ما لا يكون لاحد فيه حق المنع واذا كان ملكه محيطا به كان له حق المنع
فلم يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن محمد انه لا يباع ولا يوهب
ولا يورث اعتبره مسجدا وهكذا عن ابي يوسف انه يصير مسجدا لانه لما رضي بكونه مسجدا
ولا يصير الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار مستحقا كما يدخل في الاجارة من غير
ذكر ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه لانه
تجرد عن حق العباد وصار خالصا لله تعالى وهذا لان الاشياء كلها لله تعالى واذا اسقط
العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه عنه كما في الاعتاق ولو خرب
ما حول المسجد واستغني عنه يبقى مسجدا عند ابي يوسف لانه اسقاط منه فلا يعود
الى ملكه وعند محمد يعود الى ملك الباني او الى وارثه بعد موته لانه عينه لنوع قربة
وقد انقطعت فصار كحصير المسجد وحشيشه اذا استغني عنه الا ان ابا يوسف
يقول في الحصير والحشيش انه ينقل الى مسجد اخر قال ومن بنى سقاية للمسلمين
او خانا يسكنه بنو السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك
حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة لانه لم ينقطع عن حق العبد الا ترى ان له ان ينتفع به
فيسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط
حكم الحاكم او الاضافة الى ما بعد الموت كما في الوقف على الفقراء بخلاف المسجد لانه لم يبق له حق
الانتفاع به فخلص لله تعالى من غير حكم الحاكم وعند ابي يوسف يزول ملكه بالقول
كما هو اصله اذ التسليم عنده ليس بشرط والوقف لازم وعند محمد اذا استقى الناس
من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك لان التسليم عنده شرط
والشرط تسليم نوعه وذلك بما ذكرناه ويكتفى بالواحد لتعذر فعل الجنس كله وعلى هذا البئر
والحوض ولو سلم الى المتولي صح التسليم في هذه الوجوه لانه نائب عن الموقوف عليه وفعل
النائب كفعل المنوب عنه واما في المسجد فقد قيل لا يكون تسليما لانه لا تدبير للمتولي فيه وقيل
يكون تسليما لانه يحتاج الى من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم والمقبرة في

هذا جلد الثاني

في هذا بمنزلة المسجد على ما قيل لانه لا متولي له عرفا وقد قيل هو بمنزلة السقاية والخان
فيصح التسليم الى المتولي لانه لو نصب المتولي يجوز وان كان بخلاف العادة ولو جعل دارا له
بمكة سكنى لحاج بيت الله تعالى والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكنى للمساكين او جعلها في
ثغر من الثغور سكنى للغزاة والمرابطين او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله تعالى
ودفع ذلك الى وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع فيه لما بينا الا ان في الغلة تحل للفقراء دون
الاغنياء وفيما سواه من سكنى الخان والاستقاء من البئر والسقاية وغير ذلك يستوي فيه
الفقير والغني والفارق هو العرف في الفصلين فان اهل العرف يريدون بذلك
في الغلة الفقراء وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنياء ولان الحاجة
تشمل الغني والفقير في الشرب والنزول والغني لا يحتاج
الى صرف هذه الغلة لغناه والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب البيوع

البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظ الماضي مثل أن يقول أحدهما بعت والآخر
اشتريت لأن البيع إنشاء تصرف والإنشاء يعرف بالشرع والموضوع للإخبار قد استعمل
فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر
الفرق هناك وقوله رضيت أو أعطيتك بكذا أو خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت
لأنه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس
والخسيس هو الصحيح لتحقق التراضي قال وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر
بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رد وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له
الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه وإذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب
أن يرجع لخلوه عن إبطال حق الغير وإنما يمتد إلى آخر المجلس لأن المجلس جامع للمتفرقات
فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب
وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة وليس له أن يقبل في بعض
المبيع ولا أن يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفريق الصفقة إلا إذا
بين ثمن كل واحد لأنه صفقات معنى وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب
لأن القيام دليل الإعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا وإذا حصل الإيجاب والقبول
لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية وقال الشافعي يثبت لكل واحد
منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا أن في الفسخ إبطال حق الآخر
فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة المباشرة
لا بعدها أو يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الأقوال قال والأعواض المشار إليها
لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع لأن بالإشارة كفاية في التعريف وجهالة
الوصف فيه لا تفضي إلى المنازعة والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة
القدر والصفة لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة
فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الأصل ويجوز البيع
بثمن حال ومؤجل إذا كان الأجل معلوما لإطلاق قوله تعالى وأحل الله البيع وعنه عليه السلام
أنه اشترى من يهودي طعاما إلى أجل ورهنه درعه ولا بد أن يكون الأجل معلوما
لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا
يسلم في بعيدها ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لأنه المتعارف وفيه
التحري للجواز فيصرف إليه فإن كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد إلا أن يبين أحدها
وهذا إذا كان الكل في الرواج سواء لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة إلا أن ترفع الجهالة

بالبيان أو يكون أحدها أغلب وأروج فحينئذ يصرف إليه تحريا للجواز وهذا إذا كانت
مختلفة في المالية فإن كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند
والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع إذا أطلق اسم الدرهم كذا قالوا وينصرف
إلى ما قدر به من أي نوع كان لأنه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال ويجوز بيع
الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا إذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام إذا
اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة
لما فيه من احتمال الربا ولأن الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه جهالة القيمة ويجوز
بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره لأن الجهالة لا تفضي
إلى المنازعة لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لأن التسليم فيه
متأخر والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضا
والأول أصح وأظهر قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد
عند أبي حنيفة إلا أن يسمي جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين له أنه تعذر الصرف
إلى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة بتسمية
جميع القفزان أو بالكيل في المجلس ولهما أن الجهالة بيدهما إزالتها ومثلها غير مانع كما إذا
باع عبدا من عبدين على أن المشتري بالخيار ثم إذا جاز في قفيز واحد عند أبي حنيفة
فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا إذا كيل في المجلس أو سمى جملة قفزانها لأنه
علم ذلك الآن فله الخيار كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم
فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة وكذلك من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة
الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنده ينصرف إلى الواحد
لما بينا غير أن بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة
يجوز لعدم التفاوت فلا تفضي الجهالة إلى المنازعة فيه وتفضي إليها في الأول
فوضح الفرق ومن ابتاع صبرة على أنها مائة قفيز بمائة فوجدها أقل كان المشتري بالخيار
إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه فلم يتم
رضاه بالموجود وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين
والقدر ليس بوصف ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع بعشرة أو أرضا على أنها مائة
ذراع بمائة فوجدها أقل فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بجملة الثمن وإن شاء ترك
لأن الذرع وصف في الثوب ألا يرى أنه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله
شيء من الثمن كأطراف الحيوان فلهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الأول لأن المقدار
يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته إلا أنه يتخير لفوات الوصف المذكور لتغير المعقود

عليه فيختل الرضا وان وجدها اكثر من الذرع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع
لانه صفة فكان بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع
بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن
وان شاء ترك لان الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل
ذراع منزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن اخذا كل ذراع بدرهم وان وجدها
زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه ان حصل له الزيادة
في المبيع يلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة
لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل لم يكن اخذا بالمشروط **قال** ومن اشترى عشرة
اذرع من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة وقالا هو جائز وان اشترى
عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار
فاشبه عشرة اسهم من مائة سهم وله ان الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع
وهو المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة
بينهما اذا علم جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة
ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة
المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ولم
يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة وقيل عند ابي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان
ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي
حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد منهما لانه جعل القبول في المروي شرطا لجواز
العقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا قال
ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف او تسعة
ونصف قال ابو حنيفة في الوجه الاول يأخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه
الثاني يأخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف في الوجه الاول يأخذه باحد عشر
ان شاء وقال محمد في الوجه الاول اخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة
ونصف ويخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدراهم مقابلة نصفه بنصفه
فيجري عليه ولابي يوسف انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد
انتقص ولابي حنيفة ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو
مقيد بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا يتفاوت جوانبه
لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل
وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

فصل

ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل بها اتصال قرار
فيكون تبعا له ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها للقرار فاشبه
البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل فشابه المتاع الذي
فيه ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام من اشترى
ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع ولان الاتصال وان كان خلقة فهو
للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع
لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع
وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم
المعتاد وفي العادة ان لا يقطع كذلك وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض
زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض
ولا فرق بين ما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع
لان بيعه يجوز في اظهر الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر واما اذا
بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع
ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقد قيل يدخل وكان هذا بناء على الاختلاف
في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق
والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من
مرافقها لم يدخلا فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه واما الثمر المجذوذ
والزرع المحصود فهو بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح به ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها
او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما لكونه منتفعا به في الحال او في الثاني وقد قيل
لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغا
لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط القطع فان شرط تركها على النخل فسد
البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة
وهو اعارة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها
لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى من الارض والشجر ولو اشتراها
مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته
لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعدما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة
لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل الى وقت الادراك
طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا بخلاف
ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل

لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا اخر قبل القبض
فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط
والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا في الباذنجان والبطيخ والمخلص
ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة علي ملكه ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا
معلومة خلافا لمالك لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف ما اذا استثني نخلا معينا
لان الباقي معلوم بالمشاهدة قالوا هذه رواية الحسن وهو قول الطحاوي اما علي ظاهر
الرواية فينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه
من العقد وبيع قفيز من صبرة جايز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان
لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلي في قشره
وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلي الاخضر وكذا الجوز واللوز
والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع الحنطة في السنبلة قولان وعندنا يجوز
ذلك كله له ان المعقود عليه مستور بما لا منفعة فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع
بجنسه ولنا ما روي ان النبي عم نهي عن بيع النخل حتي يزهي وعن بيع السنبل حتي
يبيض ويامن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير و
والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال
الربا حتي لو باعه بخلاف جنسه يجوز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا
لشبهة الربا لانه لا يدري قدر ما في السنابل ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها
لانه يدخل فيه الاغلاق لانه مركبة فيها للبقاء والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير
تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه واجرة الكيال وناقد الثمن علي
البايع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو علي البايع ومعني هذا اذا بيع مكايلة وكذا
علي هذا اجرة الوزان والذراع والعداد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم
عن محمد لان النقد يكون بعد التسليم الا يري انه يكون بعد الوزن والبايع هو المحتاج اليه
ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه علي
المشتري لانه يحتاج الي تسليم الجيد المقدر والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر
بالوزن فيكون عليه **قال** واجرة وزان الثمن علي المشتري لما بينا انه هو المحتاج الي
تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم **قال** ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري
ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين
حق البايع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة **قال** ومن باع
سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين فلا حاجة الي

الي تقديم احدهما في الدفع

باب خيار الشرط

خيار الشرط جايز في البيع
للبايع والمشتري ولهما الخيار ثلثة ايام فما دونها والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ
بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي عم اذا بايعت فقل لا خلابة
ولي الخيار ثلثة ايام ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة وهو قول زفر والشافعي رح
وقالا يجوز اذا سمي مدة معلومة لحديث ابن عمر رض انه اجاز الخيار الي شهرين ولان
الخيار انما شرع للحاجة الي التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الي الاكثر
فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة ان شرط الخيار يخالف مقتضي العقد وهو اللزوم
وانما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر علي المدة المذكورة فيه
وانتفت الزيادة الا انه اذا اجاز في الثلث جاز عند ابي حنيفة خلافا لزفر هو يقول انه
انعقد فاسدا فلا ينقلب جايزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جايزا كما اذا
باع بالرقم واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد
بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا
ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا علي الوجه الاول ولو اشتري علي انه ان لم ينقده
الثمن الي ثلثة ايام فلا بيع بينهما جاز والي اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يجوز الي اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلث جاز في قولهم جميعا
والاصل فيه ان هذا في معني اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الي الانفساخ عند
عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر ابو حنيفة علي اصله
في الملحق به ونفي الزيادة علي الثلث وكذا محمد في تجويز الزيادة وابو يوسف
اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس وفي هذه المسئلة قياس اخر واليه مال
زفر وهو انه بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها
فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد اولي ووجه الاستحسان ما بينا **قال**
وخيار البايع يمنع خروج المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم
مع الخيار ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن
البايع فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ
بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده علي سوم
الشرا وفيه القيمة ولو هلك في يد البايع انفسخ البيع ولا شيء علي المشتري اعتبارا
بالصحيح المطلق وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البايع لان البيع
في جانب الاخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار
لانه شرع نظرا له دون الاخر **قال** الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة وقالا

يملكه لانه لما خرج عن ملك البايع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا
عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع
في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع
لان المعاوضة يقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف
على المصلحة ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت
النظر **قال** فان هلك في يده هلك بالثمن وكذلك ان دخله عيب بخلاف ما اذا كان الخيار
للبايع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك
والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار
البايع فيهلك والعقد موقوف ومن اشترى امراته على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح
لانه لا يملكها لما له من الخيار وان وطئها له ان يردها لان الوطي بحكم النكاح الا اذا كانت
بكرا لان الوطي ينقصها وهذا عند ابي حنيفة وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطئها
لم يردها لانه وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا وهذه المسئلة اخوات كلها
تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري على المشتري
اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف
ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشرا فيسقط الخيار ومنها
ان حيض المشتراة في المدة لا يجتزي به من الاستبرا عنده ولو ردت بحكم الخيار الى البايع
لا يجب عليه الاستبرا عنده وعندهما يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت
المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري
المبيع باذن البايع ثم اودعه عند البايع فهلك في يده في المدة هلك من مال البايع
لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع
باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابراه البايع عن الثمن
في المدة بقي خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والماذون له يليه وعندهما
بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله ومنها اذا
اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك
ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار وهو مسلم
قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ في مدة الخيار وله ان يجيز فان اجاز بغير حضرة
صاحبه جاز وان فسخ لم يجز الا ان يكون الاخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز
وهو قول الشافعي والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه مسلط على الفسخ
من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا لا يشترط رضاه وصار كالوكيل

كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع ولا يعرى
عن المضرة لانه عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة
بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبايع او لا يطلب لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار
للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة
لانه لا الزام فيه ولا نقول انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط
في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول
العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ واذا مات من له الخيار
بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي يورث عنه لانه حق لازم ثابت
في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا مشيئة
وارادة ولا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف خيار العيب لان
المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث اما نفس الخيار لا يورث وخيار التعيين
يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك غيره لا انه يورث الخيار **قال** ومن اشترى
شيئا وشرط الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط
الخيار لغيره جايز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الخيار من مواجب
العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري ولنا
ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له
اقتضاء ثم يجعل هو نايبا عنه تصحيحا لتصرفه وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار
فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الاخر يعتبر السابق
لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد
في رواية وتصرف الفسخ في اخرى وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النايب
يستفيد الولاية منه وجه الثاني ان الفسخ اقوى لان المجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ
لا يلحقه الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف وقيل الاول
قول محمد والثاني قول ابي يوسف واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره
معا فمحمد يعتبر فيه تصرف الموكل وابو يوسف يعتبرهما **قال** ومن باع عبدين بالف
درهم على انه بالخيار في احدهما ثلاثة ايام فالبيع فاسد وان باع كل واحد منهما بخمسمائة
على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز البيع والمسئلة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل
الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة
الثمن والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد
في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه الثاني ان يفصل الثمن

ويبيع الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن
معلوم وقبول العقد في الذي فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الاخر لكن هذا
غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع كما اذا جمع بين قن ومدبر ولكن لا بد ان يفصل الثمن
ولا يعين والكل بان يعينه ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين اما لجهالة المبيع
او لجهالة الثمن ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة
ايام فهو جائز وكذا الثلاثة فان كانت اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد
البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي وجه الاستحسان ان شرع الخيار
للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع
متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق به او اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع
من الحمل اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة تندفع
بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة لا تفضي الى المنازعة
في الثلاث لتعيين من له الخيار وكذا في الاربع الا ان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة
ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا يثبت باحدهما ثم قيل
يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور في الجامع
الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار
وفاقا لا شرطا واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عند ابي حنيفة
وبمدة معلومة ايهما كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى
احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع في الحقيقة احدهما والاخر امانة والاول تجوز
واستعارة ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الاخر للامانة لامتناع
الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة
فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد
احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث
فاما خيار الشرط لا يورث وقد مر ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار اخرى
بجنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك
فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط
الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا لان
التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة خاصة قال واذا اشترى الرجلان غلاما على
انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للاخر ان يرده عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده وعلى
هذا الخلاف في خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما

فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب
بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة
اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد ومن باع عبدا على انه
خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك
لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه
ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد
العقد بعدمه بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة
واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة
في العقد على ما عرف **باب خيار الرؤية** ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع
جائز وله الخيار اذا راه ان شاء اخذه وان شاء رده وقال الشافعي لا يصح العقد اصلا
لان المبيع مجهول ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا راه ولان الجهالة
بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف
في المعاين المشار اليه وكذا اذا قال رضيت ثم راه له ان يرده لان الخيار معلق
بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبله وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى
الحديث ولان الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله
رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان
ابو حنيفة يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم
العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك
بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال ووجه القول المرجوع اليه انه معلق
بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه وروي ان عثمان بن عفان رض باع ارضا
بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني
اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره
فحكما بينهما جبير بن مطعم رض فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة
رض ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط
من تعيب او تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق
والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله
قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب
حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية
لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا قال

ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها
فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره فيكتفي برؤية
ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشياء فان كان لا يتفاوت احاده كالمكيل
والموزون وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي اردى
مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت احاده كالثياب والدواب لا بد من رؤية
كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل فيما ذكره الكرخي وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة
والشعير لكونها متقاربة الا انه اذا كان لا يتفاوت فالنظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف
وصف البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب مما يعلم البقية
الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم والوجه هو المقصود في الادمي وهو
والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم
رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان المقصود
وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق
لان ذلك هو المعرف للمقصود وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها
وكذلك اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج وعند زفر لا بد من دخول داخل
البيوت والاصح ان جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم
لم تكن متفاوتة يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت
فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل **قال** ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده
الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند ابي حنيفة وقالا هما سواء وله
ان يرده قال رضي الله عنه معناه الوكيل بالقبض اما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار
بالاجماع لهما انه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب
والشرط والاسقاط قصدا ولابي حنيفة ان القبض تام وهو ان يقبضه وهو يراه وناقص وهو
ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية
والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل
بالناقص منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة
فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه
لا يسقط بقبضه فان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا لا يملكه وكيله
وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض
والتسليم اذا كان رسولا في البيع **قال** وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى
لانه اشترى ما لم يره وقد ذكرناه من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف

بالجس وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في البصير
ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام الرؤية كما في السلم
وعن ابي يوسف اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه فقال قد رضيت سقط خياره لان التشبه
يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق
الاخرس في الصلاة واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن
يوكل وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة لان رؤية الوكيل رؤية
الموكل على ما مر انفا ومن رأى احد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الاخر جاز له ان يردهما
لان رؤية احدهما لا يكون رؤية الاخر للتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره ثم
لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة
لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا
ويكون فسخا من الاصل ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث
عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة
التي رآه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت
الخيار الا اذا كان لا يعلم مرئيه لعدم الرضا به وان وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية
لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا في التغير فالقول قول البايع لان التغير
حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد
للمشتري بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول
قوله **قال** ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا
منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي
تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها بخلاف خيار العيب
لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسألة
فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن
ابي يوسف انه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان
شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فوته يتخير كيلا يتضرر
بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف لا يقابلها شيء
من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من المسمى فيتضرر به
ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد به عيب كان عند البايع

ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به **قال** وكل ما اوجب نقصان الثمن
في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع
في معرفته عرف اهله والاباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا
بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند البايع في صغره ثم
حدثت عند المشتري في صغره يرده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه غيره
وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر
لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب والسرقة
لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل فاما الذي لا يعقل
فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا **قال** والجنون في الصغر عيب ابدا ومعناه اذا جن
في الصغر في يد البايع ثم عاوده في يد المشتري فيه او في الكبر يرده لانه عين الاول
اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن وليس معناه انه لا يشترط المعاودة
في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان كان قلما يزول فلا بد من المعاودة
للرد **قال** والبخر والدفر عيب في الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وهما
يخلان به وليس بعيب في الغلام لان المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به الا ان يكون
من داء لان الداء عيب والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل
بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام
وهو الاستخدام الا ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة
قال والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمتنع صرفه في بعض
الكفارات فتختل الرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه
زوال العيب فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان
ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو
سبعة عشر سنة فيها عند ابي حنيفة رح ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم
اليه نكول البايع قبل القبض وبعده **قال** واذا حدث عند المشتري عيب ثم اطلع
على عيب كان عند البايع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا
بالبايع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه
فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البايع ان ياخذه بعيبه لانه رضي بالضرر
قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد
بالقطع فانه عيب حادث فان قال البايع انا اقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع
لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضا

برضا البايع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه
او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب
الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها
لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبايع ان ياخذه لان الامتناع لحق
الشرع لا لحقه فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع
اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه
لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا
يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم اليه **قال**
ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك
ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع
بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء الملك لان الادمي ما خلق
في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا
لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته
لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس
البدل وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رح انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض فان قتل المشتري العبد
او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رح اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف انفه فيكون
انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك
فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كالاعتاق في المعسر
عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف عندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف
اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه
فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع
والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع
الرجوع وان اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة رح لان الطعام
كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما
انه يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او
خيارا او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس بمال
فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته باعتبار
اللب وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب حادث ولكنه يرجع

نقصانا العيب دفعا للضرر بقدر الإمكان وقال الشافعي يرده لأن الكسر بتسليطه
قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار كما إذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد
البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لأنه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا
يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة وإن كان الفاسد كثيرا لا يجوز
ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد قال
ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فإن قبل بقضاء القاضي بإقرار أو ببينة أو
بإباء يمين له أن يرده على بائعه لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع كأن لم يكن غاية الأمر أنه أنكر
قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت
بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردا على الموكل
لأن البيع هناك واحد والموجود هاهنا بيعان فيفسخ الثاني لا ينفسخ الأول وإن قبل
بغير قضاء القاضي ليس له أن يرده لأنه بيع جديد في حق ثالث وإن كان فسخا في حقهما
والأول ثالثهما وفي الجامع الصغير وإن رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله
لم يكن له أن يخاصم الذي باعه وهكذا يبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث
سواء وفي بعض روايات البيوع فيما لا يحدث مثله يرجع للتيقن بقيام العيب
عند البائع الأول قال ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن
حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة لأنه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر
تعين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن أولا ليتعين حقه بإزاء تعين المبيع
ولأنه لو قضي بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صونا
لقضائه فإن قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن يعني
إذا حلف لأن في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر به لأنه على
حجته أما إذا نكل ألزم العيب لأنه حجة فيه قال ومن اشترى عبدا فادعى إباقا
لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عنده والمراد التحليف على أنه
لم يأبق عنده لأن القول وإن كان قوله ولكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به
في يد المشتري ومعرفته بالحجة فأما إذا أقامها حلف بالله ما له عليه حق الرد
من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عنده قط أما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به
هذا العيب ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن فيه ترك النظر
للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والأول
ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأول في اليمين عند
قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده

عنده لا يحلف البائع ما تعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ على
قول أبي حنيفة لهما أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا يترتب التحليف
وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليس يتحقق إلا من خصم
ولا يصير خصما فيه إلا بعد قيام العيب وإذا نكل عن اليمين عندهما يحلف للرد
على الوجه الذي قدمناه قال رضي الله عنه إذا كانت الدعوى في إباق الكبير يحلف ما أبق
منذ بلغ مبلغ الرجال لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ قال
ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه وأخرى
معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لأن الاختلاف
في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في الغصب وكذا إذا اتفقا
على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا قال ومن اشترى عبدين صفقة
واحدة وقبض أحدهما ووجد بالآخر عيبا فإنه يأخذهما أو يدعهما لأن الصفقة
تتم بقبضهما فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لأن القبض له
شبه بالعقد والتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد بالمقبوض
عيبا اختلفوا فيه ويروى عن أبي يوسف أنه يرده خاصة والأصح أنه
يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار
كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول بدون قبض جميعه ولو
قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه تفريق الصفقة
ولا يعرى عن ضرر لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء فأشبه ما قبل القبض
وخيار الرؤية والشرط ولنا أنه تفريق بعد التمام لأن بالقبض تتم الصفقة في
خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ولهذا لو استحق أحدهما ليس
له أن يرد الآخر قال ومن اشترى شيئا مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيبا
رده كله أو أخذه كله ومراده بعد القبض لأن المكيل إذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد
ألا يرى أنه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا إذا كان في وعاء واحد وإن كان
في وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر
ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض والاستحقاق
لا يمنع تمام الصفقة لأن تمامها برضاء العاقد لا برضاء المالك وهذا إذا كان
بعد القبض أما لو كان ذلك قبل القبض له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل
التمام وإن كان ثوبا فله الخيار لأن التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع حيث
ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا

قبل ان يراها او كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا لان ذلك دليل على قصد الاستبقاء
بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطا
وان ركبها ليردها على بايعها او ليسقيها او ليشتري عليها علفا فليس برضا اما الركوب
للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما اذا كان لا يجد
بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف في عدل واحد اما اذا كان يجد بدا منه ينعدم
ما ذكرناه لكونه رضا **قال** ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري
فله ان يرده ويأخذ الثمن عند ابي حنيفة وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير
سارق وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البايع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق
عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البايع سبب القطع والقتل وانه
لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده وصار
كما اذا اشترى حاملا فماتت في يده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا
الى غير حامل وله ان سبب الوجوب في يد البايع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون
الوجود مضافا الى السبب السابق وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد
بجناية وجدت في يد الغاصب وما ذكر من المسئلة ممنوعة ولو سرق في يد البايع
ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرناه وعنده لا يرده
بدون رضا البايع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وان قبله البايع فبثلثة
الارباع لان اليد من الادمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين وفي احدهما الرجوع
فيتنصف ولو تداولته الايدي ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض
عنده كما في الاستحقاق وعندهما يرجع الاخير على بايعه ولا يرجع بايعه على بايعه
لانه بمنزلة العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم
بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع
قال ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب
وان لم يسم العيوب بعددها وقال الشافعي لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان
الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد
بالرد وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة
وان كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة ويدخل في هذه
البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف رح وقال محمد رح
لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رح لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف رح
ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر
وكذا اذا كان غير مملوك كالحر **قال** رض هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه ان شاء الله تعالى
فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال
فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع
وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك
المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي
القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض
على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر
على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع
مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي رح وسنبينه ان شاء الله تعالى وكذا بيع
الميتة والحر والدم باطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير
ان كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان قوبل بعين فالبيع فاسد
حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال
وكذا الخنزير مال عند اهل الذمة الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك
اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا اعزاز له وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم
فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر
فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب انما
يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك
الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر
وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة **قال** وبيع
ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام
الولد لقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال
لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى
ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه
روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف
الشافعي وقد ذكرناه في العتاق **قال** وان ماتت ام الولد او المدبر في يد المشتري
فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه قيمتهما وهو رواية عن ابي حنيفة رح لهما
انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كساير الاموال وهذا لان المدبر

وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه
فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به ولابي حنيفة رح ان جهة البيع انما يلحق
بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس
دخولهما في البيع في انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما يضم اليهما فصار كمال المشتري
لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما ثبت حكم الدخول فيما ضمه اليه كذا هذا **قال**
ولا يجوز بيع السمك قبل ان يصطاده لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان
لا يؤخذ الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه ثم القاه فيها ولو كان
يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك
قال ولا بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو ارسله من يده لانه غير مقدور
التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عليه السلام عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا
قال ولا بيع اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ولانه ينازع في كيفية الحلب
وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره **قال** والصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف
الحيوان ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف القوائم لانها تزيد من الاعلى
وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع
القطع وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع
وسمن في لبن وهو حجة على ابي يوسف في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى
عنه **قال** وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع او لم يذكراه لانه لا يمكن
تسليمه الا بضرر بخلاف ما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في تبعيضه
ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة ايضا ولو قطع البائع الذراع او قلع الجذع
قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر
او البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحا وان شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما
احتمالا اما الجذع عين موجود **قال** وضربة القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب
الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا **قال** وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل
بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لان النبي عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة فالمزابنة
ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه
فلا يجوز بطريق الخرص كما اذا كانا موضوعين على الارض وكذا العنب بالزبيب
على هذا وقال الشافعي يجوز فيما دون خمسة اوسق لان النبي عليه السلام نهى عن المزابنة
ورخص في العرايا وهو ان يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق قلنا العرية العطية
لغة وتاويله ان يبيع المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ وهو بيع مجازا لانه لم يملكه

فيكون برا مبتدا **قال** ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة والمنابذة وهذه
بيوع كانت في الجاهلية وهو ان يتراوض الرجلان على سلعة اي يتساومان فاذا لمسها المشتري
او نبذها اليه البايع او وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة
والثاني المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة و
المنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر **قال** ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع
ولو قال على انه بالخيار في ان ياخذ ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه
قال ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلاء اما البيع فلانه ورد على
ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك
عين مباح ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز
فهذا اولى **قال** ولا يجوز بيع النحل عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز اذا كان
محرزا وهو قول الشافعي رح لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز
بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير و
الانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل
بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي **قال** ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة
لانه من الهوام وعند ابي يوسف يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد يجوز كيف ما كان
لكونه منتفعا به ولا يجوز بيع بيضه عند ابي حنيفة وعندهما يجوز لمكان الضرورة
وقيل قول ابي يوسف مع ابي حنيفة كما في دوده والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز
بيعها لانه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام ولانه لا يقدر
على تسليمه **قال** الا ان يبيعه من رجل زعم انه عنده لان المنهي بيع آبق مطلق وهو
ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند
المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان
في يده وقد كان اشهد لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان
لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه مني
فباعه لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق
ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء
وعن ابي حنيفة انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع
وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد **قال** ولا بيع لبن
امراة في قدح وقال الشافعي رح يجوز بيعه لانه مشروب طاهر ولنا انه جزء الادمي
وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية

بيع لبن المرأة والأمة وعن أبي يوسف أنه يجوز بيع الأمة لأنه يجوز إيراد العقد على نفسها
فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه لأنه يختص بمحل القوة التي
هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن **قال** ولا بيع شعر الخنزير لأنه نجس العين فلا يجوز
بيعه إهانة له ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه
ويوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى البيع ولو وقع في الماء القليل أفسده عند
أبي يوسف وعند محمد لا يفسده لأن إطلاق الانتفاع به دليل على طهارته ولأبي يوسف رحمه الله
أن الإطلاق للضرورة فلا يظهر إلا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها **قال**
ولا يجوز بيع شعر الإنسان ولا الانتفاع به لأن الآدمي مكرم لا مبتذل فلا يجوز أن يكون شيء من
أجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وإنما
يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن **قال** ولا بيع جلود الميتة
قبل أن تدبغ لأنه غير منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة بإهاب وهو اسم
لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لأنها طهرت
بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها
وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لأنها طاهرة لا يحلها الموت
لعدم الحيوة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد وعندهما
بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به **قال** وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر
فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز لأن حق التعلي ليس بمال
لأن المال ما يمكن قبضه وإحرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه
تبعا للأرض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لأنه حظ
من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله تمكنه بأن يسقيها الأرض به ثم رجع بعد القبض
يجب الضمان عليه وله قسط من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب **قال** وبيع الطريق
وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسألة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق
والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فإن كان الأول فوجه الفرق بين المسألتين
أن الطريق معلوم لأن له طولا وعرضا معلوما أما المسيل فمجهول لأنه لا يدرى
قدر ما يشغله من الماء وإن كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على
إحداهما بينه وبين حق التسييل أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو
الطريق أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الأرض مجهول لجهالة محله
ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على إحدى الروايتين أن حق التعلي
يتعلق بعين لا يبقى وهو البناء فأشبه المنافع أما حق المرور يتعلق بعين يبقى وهو

وهو الأرض فأشبه الأعيان **قال** ومن باع جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف
ما إذا باع كبشا فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير والفرق يبتنى على الأصل
الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رحمه الله وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي
الجنس يتعلق بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد
لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب
وفي مسألتنا الذكر والأنثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض وفي الحيوانات
جنس واحد للتقارب فيها وهو المعتبر في هذا دون الأصل كالخل والدبس
جنسان والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما **قال** ومن اشترى
جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل
أن ينقد الثمن لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رحمه الله يجوز لأن الملك قد تم
فيها بالقبض فصار البيع من البائع وغيره سواء وصار كما إذا باع بمثل الثمن
الأول أو بالزيادة أو بالعرض ولنا قول عائشة رضي الله عنها لتلك المرأة وقد باعت
بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئسما شريت واشتريت أبلغي زيد بن أرقم
أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله إن لم يتب ولأن الثمن لم يدخل في ضمانه
فإذا وصل إليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف
ما إذا باع بالعرض لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة **قال** ومن اشترى
جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة
فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ويبطل في الأخرى لأنه لا بد أن يجعل
بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا للأخرى بأقل مما باع
وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشيع الفساد لأنه ضعيف
فيها لكونه مجتهدا فيه أو لأنه باعتبار شبهة الربوا أو لأنه طارئ لأنه بانقسام
الثمن أو المقاصة فلا يسري إلى غيرها **قال** ومن اشترى زيتا على أن يزنه بظرفه
فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وإن اشترى على أن يطرح عنه
بوزن الظرف جاز لأن الشرط الأول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه **قال**
ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة أرطال فقال البائع الزق
غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري لأنه إن اعتبر اختلافا
في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا وإن اعتبر
اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري
لأنه ينكر الزيادة **قال** وإذا أمر المسلم نصرانيا ببيع خمر أو شرائها ففعل جاز عند

وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده
لهما أن الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه
باشره بنفسه فلا يجوز ولأبي حنيفة أن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته وانتقال الملك
إلى الآمر حكمي فلا يمتنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما ثم إن كان خمرا يخللها وإن كان خنزيرا
يسيبه قال ومن باع عبدا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن
يستولدها فالبيع فاسد لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع وشرط ثم جملة
المذهب فيه أن يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد
لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين
أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد
المبيع لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا أو لأنه يقع المنازعة
بسببه فيعرى العقد عن مقصوده ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه
لأحد لا يفسده هو الظاهر من المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لأنه
انعدمت المطالبة فلا يؤدي إلى المنازعة ولا إلى الربا إذا ثبت هذا نقول
هذه الشروط لا يقتضيها العقد لأن قضيته الإطلاق في التصرف والتخيير لا الإلزام
حتما والشرط يقتضي الإلزام حتما وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي وإن كان
يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرنا وتفسير البيع
نسمة أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لا أن يشترط فيه حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة
وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لأن البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا
كما إذا تلف بوجه آخر ولأبي حنيفة رح أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد
على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منهي للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا
لا يمنع العتق الرجوع فإذا تلف بوجه آخر لم يتحقق الملاءمة فيتقرر الفساد وإذا وجد
العتق تحققت الملاءمة فيترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا قال وكذلك
لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري
درهما أو على أن يهدي له هدية لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد
المتعاقدين ولأن النبي عليه السلام نهى عن بيع وسلف ولأنه لو كان الخدمة والسكنى
يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع وقد نهى
عليه السلام عن صفقتين في صفقة قال ومن باع عينا على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر
فالبيع فاسد لأن الأجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لأن الأجل
شرع ترفيها فيليق بالديون دون الأعيان قال ومن اشترى جارية إلا حملها

فسد البيع والأصل أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل
من هذا القبيل وهذا لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الأصل
يتناولهما فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع
يبطل به والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة
غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح
والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لأن هذه العقود
لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل
ميراثا والجارية وصية لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن
بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها قال ومن اشترى ثوبا
على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصا أو قباء فالبيع فاسد لأنه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولأنه يصير صفقة في صفقة على ما مر
ومن اشترى نعلا على أن يحذوه البائع أو يشركه فالبيع فاسد قال رضي الله عنه
ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بيناه وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار
كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع قال والبيع إلى النيروز والمهرجان
وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الأجل وهي
مفضية إلى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة إلا إذا كانا يعرفانه لكونه معلوما
عندهما أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لأن مدة صومهم
بالأيام معلومة فلا جهالة قال ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج وكذلك إلى الحصاد
والدياس والقطاف والجزاز لأنها تتقدم وتتأخر ولو كفل إلى هذه الأوقات
جاز لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة
لاختلاف الصحابة فيها ولأنه معلوم الأصل ألا ترى أنها تحتمل الجهالة في أصل
الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف أولى بخلاف البيع فإنه لا يحتملها في
أصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما إذا باع مطلقا ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات
حيث جاز لأن هذا تأجيل الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا
كذلك اشتراطه في أصل العقد لأنه يبطل بالشرط الفاسد ولو باع إلى هذه
الآجال ثم تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل
قدوم الحاج جاز البيع أيضا وقال زفر رح لا يجوز لأنه وقع فاسدا فلا ينقلب
جائزا وصار كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل ولنا أن الفساد للمنازعة وقد
ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه

بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم الزايد لان الفساد في صلب العقد و
وبخلاف النكاح الى اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا
خرج وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال ومن جمع بين حر وعبد
او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
ان سمى لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد وان جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره
صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة وقال زفر رح فسد فيهما ولا فرق بين التسمية
وعدمها كالميتة عنده والمكاتب وام الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الاول لان محلية البيع
منتفية بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن كمن جمع بين
الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد منهما لانه مجهول ولابي حنيفة
وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل تحت العقد اصلا لانه ليس بمال والبيع
صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف
النكاح لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة اما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا
تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب
برضاه في الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف رح الا ان
المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع فكان هذا اشارة
الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض وهذا لا يكون شرط القبول
في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه والله اعلم

فصل في احكامه

واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البايع وفي العقد عوضان كل واحد منهما
مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي لا يملكه وان قبضه لانه محظور فلا ينال به
نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد ولهذا لا يفيد الملك قبل القبض
وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله
مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه
مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور
فنفس البيع مشروع وبه ينال نعمة الملك انما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت
النداء وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو
واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى ولان السبب قد ضعف
لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم بمنزلة الهبة
والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد خرجناه وشيء اخر ان في

الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط ان يكون القبض باذن
البايع وهو الظاهر الا انه يكتفي به دلالة كما اذا قبضه في مجلس العقد استحسانا هو
الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق
ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا
وشرط ان يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة
المال بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله
لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال يلزمه المثل لانه مضمون بنفسه
بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى اعدل من المثل معنى قال ولكل
واحد من المتعاقدين فسخه رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون
الفسخ امتناعا منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته وان كان
الفساد بشرط زايد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم يتحقق
المراضاة في حق من له الشرط قال فان باعه المشتري نفذ البيع لانه ملكه فملك التصرف
فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع
وحق العبد مقدم لحاجته ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع
باصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة البايع
بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما حق العبد ويستويان
في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير
فقبضه فاعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا انه
ملكه بالقبض فتنفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فتلزمه القيمة وبالبيع والهبة
انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا انه
يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة
لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد
امتناعا قال وليس للبايع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان
المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وان مات البايع فالمشتري احق به حتى
يستوفي الثمن لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمايه بعد وفاته
كالراهن ثم ان كانت دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع
الفاسد وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا
قال ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة رواه
يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقال ابو يوسف

ولمحمد ان نقض البناء يرد الدار والغرس على هذا الاختلاف له ان حق الشفيع اضعف
من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل بالتاخير بخلاف حق البائع والاضعف لا
يبطل بالبناء فالاقوى اولى ولابي حنيفة ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل
بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد
منه التسليط ولهذا لا تبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في
حفظه الرواية عن ابي حنيفة وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة
مبنية على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف **قال** ومن اشترى جارية
بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن
والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم
والدنانير لا يتعينان في العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب
التصدق وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك فعند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله يشمل النوعين لتعلق العقد به فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين
شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب
الحقيقة شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون
النازل عنها **قال** وكذا اذا ادعى على اخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه
شيء وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك ههنا لان
الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين

فصل فيما يكره

قال ونهى رسول الله عليه السلام عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء
ليرغب غيره قال عليه السلام لا تناجشوا وعن السوم على سوم غيره قال عليه السلام
لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا
وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فاما اذا لم يركن احدهما الى الاخر
فهو بيع من يزيد ولا باس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح ايضا **قال**
وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلد فان كان لا يضر فلا باس به الا اذا لبس
السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر **قال** وبيع الحاضر
للبادي فقد قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلد في قحط
وعوز وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما
اذا لم يكن كذلك فلا باس به لانعدام الضرر **قال** والبيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى
وذروا البيع ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر

فيه في كتاب الصلوة **قال** كل ذلك يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لان الفساد في معنى خارج
زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة **قال** ولا باس ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا
وقد صح ان النبي عليه السلام باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة
اليه **نوع منه** ومن ملك مملوكين صغيرين احدهما ذو رحم محرم من الاخر لم يفرق بينهما
وكذلك اذا كان احدهما كبيرا والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق
الله تعالى بينه وبين احبته يوم القيامة ووهب رسول الله عليه السلام لعلي رضي الله عنه
غلامين اخوين صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال ادرك ادرك
ويروى اردد اردد ولان الصغير يستانس بالصغير وبالكبير يتعاهده فكان في بيع
احدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد
عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب
غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص ورد على خلاف القياس
فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له
والاخر لغيره لا باس ببيع واحد منهما ولو كان التفريق بحق مستحق لا باس به كدفع احدهما
بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره
لا الاضرار به **قال** فان فرق كره ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف انه لا يجوز في قرابة
الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر بالادراك
والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله وانما
الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهية الاستيام وان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق
بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح انه عليه السلام فرق بين مارية
وسيرين وكانتا امتين اختين

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل
الثمن الاول لقوله عليه السلام من اقال نادما بيعته اقال الله عثراته يوم القيامة ولان العقد
حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان شرطا اكثر من ذلك او اقل فالشرط باطل ويرد
مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما
الا ان لا يمكن جعله فسخا فتبطل وهذا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف هو بيع
الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا يمكن فتبطل وعند محمد هو فسخ الا اذا
تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فتبطل لمحمد ان اللفظ للفسخ والرفع ومنه
يقال اقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع الا ترى
انه بيع في حق ثالث ولابي يوسف انه مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع
ولهذا تبطل بهلاك السلعة وترد بالعيب وتجب به الشفعة وهذه احكام البيع

ولابي حنيفة رح ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ
في مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لانه ضده و
لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به
مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا
فنقول اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم
يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان
الزيادة يمكن اثباتها في العقد فيتحقق الربا اما لا يمكن اثباتها في الرفع وكذا اذا
شرط الاقل لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان
الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا لان الاصل هو البيع
عند ابي يوسف رح وعند محمد رح جعله بيعا ممكن فاذا زاد كان قاصدا بهذا البيع وكذا في
شرط الاقل عند ابي يوسف لان هذا الاصل عنده وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول لا
سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن الكل واقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف
ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا ولو اقال بغير جنس الثمن الاول
فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة رح ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا
ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عند ابي حنيفة لان الولد مانع من الفسخ
وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة ومحمد رح
وكذا عند ابي يوسف في المنقول لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع
فان بيع العقار قبل القبض جائز عنده **قال** وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك
المبيع يمنعها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك
بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه وان تقايضا تجوز الاقالة
بعد هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيا والله اعلم

باب المرابحة والتولية

المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه
بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز
والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى
ان يعتمد فعل الذكي المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول
بجوازهما ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح ان النبي
عليه السلام لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رض بعيرين فقال له عليه السلام ولني احدهما
فقال هو لك بغير شيء فقال اما بغير ثمن فلا **قال** ولا تصح المرابحة والتولية

حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان
المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل موصوف جاز
لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض
قيمته لانه ليس من ذوات الامثال ويجوز ان يضيف الى رأس المال اجرة القصار والصبغ
والطراز والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال
في عادة التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل وما عددناه بهذه
الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف
المكان ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة
الحمل بخلاف اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجرة التعليم لان
ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة
فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة
في التولية اسقطها من الثمن وقال ابو يوسف يحط فيهما وقال محمد يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار
للتسمية لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف
السلامة فيتخير بفواته ولابي يوسف رح ان الاصل فيه كونه مرابحة وتولية ولهذا
ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول او بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان
ذلك معلوما فلا بد من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية قدر
الخيانة من رأس المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولابي حنيفة رح انه لو لم يحط
في التولية لا يبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير التصرف فتعين الحط
وفي المرابحة لو لم يحط يبقى مرابحة وان كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف
فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع
الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط
بخلاف خيار العيب لانه مطالب بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه **قال**
ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك
فان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة وقالا يبيعه مرابحة على
الثمن الاخير صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه
يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة
ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين
لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه
كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة رح ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة

لانه تاكد بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع
المرابحة احتياطا ولهذا لم يجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كانه
اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التاكيد حصل بغيره
قال واذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته
فباعه من المولى بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك ان كان المولى اشتراه
فباعه من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما
في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى بعشرة في
الفصل الاول قال واذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى
ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان
هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر مع انه يشتري ماله
بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود والانعقاد يتبع الفائدة
ففيه شبهة العدم الا يرى انه وكيل عنه في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع
الثاني عدما في حق نصف الربح قال ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها
وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف
تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع
البضع لا يقابلها الثمن والمسألة فيما اذا لم ينقصها الوطء وعن ابي يوسف في الفصل
الاول انه لا يبيعه من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رح فاما اذا
فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا
بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين
يقابلها الثمن وقد حبسها ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه
مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين والمعنى ما بيناه قال
ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري
فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا يرى انه يزاد في الثمن لاجل
الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى شيئين وباع احدهما
مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب السلامة من مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت
يخير كما في العيب وان استهلكه ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن
قال وان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها
في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة لما ذكرنا
وعن ابي يوسف انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير ما اذا استوفى الزيوف

الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى وقيل يقوم
بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم
معتاد قيل لا بد من بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن حال قال
ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة
الثمن فان اعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد
لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد وصار كتاخير القبول الى آخر المجلس
وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في
المجلس وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية فصل
ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه لان النبي عليه السلام
نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ويجوز
بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد لا يجوز رجوعا الى
اطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله
في محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي عنه غرر انفساخ
العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والاجارة قيل على هذا الاختلاف قال
ومن اشترى مكيلا مكايلة او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه مكايلة
او موازنة لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا ان ياكله حتى يعيد الكيل والوزن
لان النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري
ولانه يحتمل ان يزيد على المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز
عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة لان
الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع
وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط ولا بكيله
بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان به يصير المبيع معلوما ولا تسليم
الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به
لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل
واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب
السلم ان شاء الله تعالى ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما
لانه ليس بمال الربا وكالموزون فيما يروى عن ابي حنيفة لانه لا يحل له الزيادة
على المشروط قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق وهو الملك
وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع قال

ويجوز للمشتري ان يزيد البايع في الثمن ويجوز للبايع ان يزيد في المبيع ويجوز
ان يحط من الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان باصل
العقد وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتدا الصلة
لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد
وكذلك الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدا
ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع
وهو كونه رابحا او خاسرا او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير
وصار كما اذا اسقطا الخيار او شرطاه ثم اذا صح يلتحق بالعقد لان وصف الشي يقوم به
لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار
الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى
يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى ياخذ بما بقي
في الحط وانما كان للشفيع ان ياخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت
فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق
على حالة يصح الاعتياض عنه والشي يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يمكن
اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا **قال** ومن باع بثمن حال
ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه
الا ترى انه يملك ابراه مطلقا فكذا مؤقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت
الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس
يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل **قال** وكل دين حال اذا اجله صاحبه صار
مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في الابتدا
حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة
في الانتها فعلى اعتبار الابتدا لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع
وعلى اعتبار الانتها لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو الربا
وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه
ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة
والسكنى فيلزم حقا للموصي

باب الربا

قال الربوا محرم في كل مكيل او موزون اذا
بيع بجنسه متفاضلا فالعلة الكيل مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع
الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة
بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشيا الستة الحنطة والشعير والتمر

والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل بمثل و
بالنصب مثلا بمثل ومعنى الاول بيع التمر مثل بمثل ومعنى الثاني بيعوا التمر مثلا بمثل
والحكم معلول باجماع القايسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند الشافعي الطعم في المطعومات
والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص
على شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح
فيعلل بعلة مناسبة لاظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الانسان والثمنية لبقاء الاموال
التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط
ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ هو
ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن التوى والتلف او تتميما للفائدة
باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار
الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك
فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن
عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد
باب البياعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سوا والطعم والثمنية من اعظم وجوه
المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون
التضييق فيه فلا معتبر بما ذكره اذا ثبت هذا فنقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه
مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان
قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن وان تفاضلا لم يجز لتحقق
الربوا ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لاهدار التفاوت في
الوصف ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين لان المساواة
بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند
الشافعي العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم وما دون نصف صاع
فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير
مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس
وعند الشافعي يجوز لعدم الطعم والثمنية **قال** واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى
المضموم اليه حل التفاضل والنسا لوجود العلة واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل
التفاضل وحرم النسا مثل ان يسلم هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربوا
الفضل بالوصفين وحرمة النسا باحدهما وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم
النسا لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل غير مانع

فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى ولنا أن احتمال الربا من وجه نظرا
الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية فيتحقق شبهة الربا وهي
مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن
لانهما لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين
بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين ولو باع
بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه
لا يجوز فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لا يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل
الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قال وكل شيء نص رسول الله
عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة
والشعير والتمر والملح وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا
مثل الذهب والفضة لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى
وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة وعن ابي يوسف رح انه يعتبر
العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك لمكان العادة فكانت
هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او
الذهب متساويا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه
كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز الاسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الاسلام
في معلوم قال وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها
قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو
بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة
المجازفة قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس
لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين الفقه
في الصرف ان شاء الله تعالى قال وما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين و
لا يعتبر فيه التقابض خلافا للشافعي رح في بيع الطعام بالطعام له قوله عليه السلام
في الحديث المعروف يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية
فيتحقق شبهة الربا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب
وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين
بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين
وكذا رواه عبادة بن الصامت رض وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المالية
عرفا بخلاف النقد والمؤجل قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة

والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا والشافعي رح يخالفنا فيه لوجود
الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رح لا يجوز لان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا
بقيت اثمانا لا تتعين فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما
ان الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا
بطلت الثمنية يتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العد اذ
في نقضه في حق العقد فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود
لانها للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالئ بالكالئ وقد نهي عنه
وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء قال ولا يجوز
بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة
والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل
حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا
كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة متساويا ولا متفاضلا
لانه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام
المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم المقصود وهو
التغذي يشملهما ولا يبالي بفوات البعض كالمقلية وغير المقلية والعلكة مع
المسوسة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح
اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم
والباقي بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط او من
حيث زيادة اللحم فصار كالخل بالسمسم ولهما انه باع موزونا بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن
عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسألة
لان الوزن في الحال يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير
قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام
حين سئل عنه اوينقص اذا جف فقيل نعم فقال عليه السلام لا اذا ولابي حنيفة رح ان الرطب
تمر لقوله عليه السلام حين اهدي اليه رطبا اوكل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا
ولانه لو كان تمرا جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فبآخره وهو قوله عليه السلام اذا
اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما رواه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند
النقلة قال وكذلك العنب بالزبيب يعني على هذا الخلاف والوجه ما بينا وقيل لا يجوز
بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا

لا بيع التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة أو التمر أو الزبيب
المنقع بالمنقع منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لأنه يعتبر
المساواة في أعدل الأحوال وهو المآل وأبو حنيفة يعتبره في الحال وكذا أبو يوسف
عملا بإطلاق الحديث إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا لمحمد ووجه الفرق
لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب أن التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين
على الاسم الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتا
في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن
تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا لا يجوز لأن البسر تمر
بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لأنه ليس بتمر فإن هذا الاسم له
من أول ما ينعقد صورته لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة
لا يجوز للجهالة **قال** ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت
والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير لأن عند
ذلك يعرى عن الربا إذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لأن ما فيه لو كان أكثر أو مساويا له
فالثجير وبعض الدهن أو الثجير وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال
الربا والشبهة فيه كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر
بدبسه على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف
ما كان بالإجماع **قال** ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده
لحم البقر والإبل والغنم فأما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضأن
وكذا العراب مع البخاتي **قال** وكذلك ألبان البقر والغنم وعن الشافعي رحمه الله أنها جنس
واحد لاتحاد المقصود ولنا أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في
الزكاة فكذا أجزاؤهما إذا لم تتبدل بالصنعة **قال** وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف
بين أصليهما فكذا بين ماءيهما ولهذا كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم
جنسان لاختلاف المقاصد **قال** وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم لأنها أجناس مختلفة
لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا **قال** ويجوز بيع الخبز بالحنطة
والدقيق متفاضلا لأن الخبز صار عدديا أو موزونا فخرج من أن يكون مكيلا من
وجه والحنطة مكيلة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خير فيه والفتوى على الأول وهذا
إذا كانا نقدين فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضا وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند
أبي يوسف رحمه الله وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خير في استقراضه
عددا أو وزنا عند أبي حنيفة لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند

وعند محمد يجوز بهما للتعامل وعند أبي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في
آحاده **قال** ولا ربا بين المولى وعبده لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا وهذا إذا
كان مأذونا له ولم يكن عليه دين لا يجوز لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة وعندهما تعلق به
حق الغرماء فصار كالأجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه **قال** ولا بين المسلم
والحربي في دار الحرب خلافا لأبي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا
ولنا قوله عليه السلام لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولأن مالهم مباح في دارهم
فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالا مباحا إذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لأن ماله
صار محظورا بعقد الأمان

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له
الأعلى إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو له فيه أو منه ومن
اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الأعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو
والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم العلو لأنه اسم لما أدير عليه
الحدود والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله
والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت
لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور إذ لا يكون فيه منزل الدواب فلشبهه
بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في
عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لأن كل بيت يسمى مسكنا ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو
في اسم الدار يدخل الكنيف لأنه من توابعه ولا يدخل الظلة إلا بذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة
لأنه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما إن كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر
شيء مما ذكرنا لأنه من توابعه فشابه الكنيف **قال** ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا
أو مسكنا لم يكن له الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير
وكذا الشرب والمسيل لأنه خارج الحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف
الإجارة لأنها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الانتفاع إلا به إذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة
ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه
لأن المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فتحصل الفائدة والله أعلم

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فإنه يأخذها وولدها وإن
أقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة فإنها كاسمها مبينة فيظهر بها
ملكه من الأصل والولد كان متصلا بها فيكون له أما الإقرار حجة قاصرة يثبت به الملك
في المخبر به ضرورة صحة الإخبار وقد اندفعت بإثباته بعد الانفصال فلا يكون

الولد لا ثم قيل يدخل الولد في القضا بالام تبعا وقيل يشترط القضا بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم يعلم بالزوايد قال محمد رح لا يدخل الزوايد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا **قال** ومن اشتري عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد فان كان البايع حاضرا او غايبا غيبة معروفة لم يكن علي العبد شي وان كان البايع لا يدري اين هو رجع المشتري علي العبد ورجع هو علي البايع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه علي كل حال وعن ابي يوسف رح انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال ارتهني فاني عبد وهي المسئلة الثانية ولهما ان المشتري شرع في الشرا معتمدا علي امره واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشرا ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه علي البايع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر به ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفا عين حقه حتي يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الامر به ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير مسئلتنا قول المولي بايعوا عبدي هذا فاني قد اذنت له ثم ظهر الاستحقاق فانهم يرجعون عليه بقيمته ثم في وضع المسئلة ضرب اشكال علي قول ابي حنيفة رح لان الدعوي شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوي وقيل اذا كان الوضع في حرية الاصل فالدعوي فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الام وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفا العلوق وان كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولي به كالمختلعة تقيم البينة علي الطلقات الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها علي الاعتاق قبل الكتابة **قال** ومن ادعي حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده علي مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشي لان للمدعي ان يقول دعواي في هذا الباقي وان ادعاها كلها فصالحه علي مائة درهم فاستحق منها شي رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسئلة علي ان الصلح عن المجهول علي معلوم جايز لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الي المنازعة والله اعلم

فصل في بيع الفضولي

قال ومن باع ملك غيره بغير امره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وقال الشافعي رح لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقد ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا انه تصرف تمليك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الالغا وفيه نفع المشتري فثبتت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه الوجوه كيف وان الاذن ثابت دلالة لان العاقل يأذن في التصرف النافع **قال** وله الاجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام المتعاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له امانة في يده بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي ان يفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض هذا اذا كان الثمن دينا فان كان عرضا معينا انما يصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة عقد حتي يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته ان لم يكن مثليا لانه شرا من وجه والشرا لا يتوقف علي الاجازة ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف علي اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتي يعلم قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك **قال** ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولي البيع فالعتق جايز استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا يجوز لانه لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم والموقوف لا يفيد الملك ولو ثبت في الاخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبايع ثم يجيز البايع وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتي نفذ من الغاصب اذا ادي الغاصب الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادي الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه علي ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضي الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البايع لانه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف بيع المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبايع ملك بات فاذا طرا علي ملك موقوف لغيره ابطله وايضا

ولنا ان ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال وهو الاصح

قال فان قطعت يد العبد فاخذ ارشها ثم اجاز المولى البيع فالارش للمشتري لان الملك قد تم له من وقت الشراء فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد رحمه الله والعذر له ان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشترى في يد المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم الملك

قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر

قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه

قال ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة على اقرار البائع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد المبيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رضي الله عنه وذكر في الزيادات ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسألة في يد المشتري وفي تلك في يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري

قال ومن باع دار رجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف رحمه الله آخرا وكان يقول اولا يضمن وهو قول محمد رحمه الله وهي مسألة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله عنهما اشهد ان الله تعالى احل السلف المضمون وانزل فيها اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى الآية وبالسنة وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه

قال وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانهما اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك

قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها ليرتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه سواء باصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت وعن ابي حنيفة انه لا يجوز في بيض النعامة لانه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز كيلا لانه عددي وليس بمكيل وعنه انه لا يجوز عددا ايضا للتفاوت ولنا ان المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل وانما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانها اثمان ولهما ان الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما فلا تعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي رحمه الله يجوز لانه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فاشبه الثياب ولنا انه بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي الى المنازعة بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على منوال واحد وقد صح ان النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع اجناسه حتى العصافير

قال ولا في اطرافه كالرؤوس والاكارع للتفاوت اذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها

قال ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت الا اذا عرف ذلك بان بين له طول ما يشد به الحزمة انه شبر او ذراع فحينئذ يجوز اذا كان على وجه لا يتفاوت

قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي رحمه الله يجوز اذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة

الاجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ السلم
وان شاء انتظر وجوده لان السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كاباق
المبيع قبل القبض قال ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما
لانه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز
السلم فيه عددا للتفاوت ولا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه وزنا
معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز
مطلقا وانما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز في لحم الكبار
منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير في السلم في اللحم عند
ابي حنيفة رح وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه
موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه
ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه وله انه مجهول
للتفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة
وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني
وهو الاصح والتضمين بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل
اعدل من القيمة ولان القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته اما الوصف
فلا يكتفى به قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي رح يجوز حالا
لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما روينا
ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه
فيسلم ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال ولا يجوز
الا باجل معلوم لما روينا ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل
ادناه شهر وقيل ثلثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم والاول اصح ولا يجوز السلم
بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه اذا لم يعرف مقداره لانه تاخر
فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل ولا بد ان يكون
المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس
كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن ابي
يوسف رح قال ولا في طعام قرية بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد تعتريه
آفة فلا تقدر على التسليم واليه اشار عليه السلام حيث قال ارايت لو اذهب الله
الثمر بم يستحل احدكم مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا باس به
على ما قالوا كالخشمراني ببخارى والبساخي بفرغانة قال ولا يصح السلم عند

ابي حنيفة الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا
سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد او رديء ومقدار معلوم كقولنا كذا
كيلا بمكيال معروف وكذا وزنا واجل معلوم والاصل فيه ما روينا والفقه فيه ما بينا
ومعرفة مقدار راس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود
وتسمية المكان الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية راس
المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان مسئلتان ولهما
في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة وصار كالثوب وله
انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري
كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد راس المال والموهوم
في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان
الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين
ولم يبين راس مال كل واحد او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية
ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه فيه مكان اخر
فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر فصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة رح ان
التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين
فالجهالة فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد من البيان
وصار كجهالة الصفة وعن هذا قال من قال من المشايخ رح ان الاختلاف فيه عنده يوجب
التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا
الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيئا له
حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان مؤجلا وهو اختيار
شمس الائمة السرخسي رح وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للايفاء قال
وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه لا تختلف قيمته ويوفيه
في المكان الذي اسلم فيه قال رض وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات
يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عين
مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين
المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال
ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه
افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عليه السلام عن الكالي بالكالي وان كان عينا فلان
السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض

احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم
اليه فيه فيقدر على التسليم قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع
تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية
لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط
قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره وجملة الشروط
جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان
الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه
ومائة نقد فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد
لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا ولهذا
لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين
لا يتعين في البيع الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل
البيع فينعقد صحيحا **قال** ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل
القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد واما الثاني فلان
المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز **قال** ولا يجوز الشركة والتولية
في المسلم فيه قبل قبضه لانه تصرف فيه فان تقايلا في السلم لم يكن لرب السلم ان يشتري
من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك
او رأس مالك اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل
قبضه وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا
لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه
ليس في حكم الابتداء من كل وجه وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة عليه ما ذكرناه **قال**
ومن اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم
بقبضه قضاء لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله
لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام
عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث على ما مر والسلم وان كان سابقا
لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل
عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وان لم يكن
سلما وكان قرضا فامره بقبض الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا ينعقد بلفظة الاعارة
فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان **قال** ومن اسلم في
كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء

قضاء لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر لان حقه في الدين دون العين فصار
فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين
فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة والمسألة
بحالها صار قابضا لان الامر قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه
لو امره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري لصحة الامر وكذا
اذا امره ان يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر
الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه في الكيل والقبض
بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره في الشراء ان يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا
لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده وكذا ما يقع فيها وصار كما اذا امره
ان يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا
ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا اما العين فلصحة
الامر فيه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة وامره ان
يزرعها في ارضه وكمن دفع الى الصائغ خاتما وامره ان يزيد من عنده نصف دينار وان
بدأ بالدين لم يصر قابضا اما الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه
قبل التسليم فصار مستهلكا عند ابي حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به
من جهته لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما هو بالخيار ان شاء نقض البيع
وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما **قال** ومن اسلم جارية
في كر حنطة وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها
ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك ببقاء
المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه
واذا جاز ابتداء اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد في المسلم فيه
انفسخ في الجارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها ولو اشترى جارية
بالف ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة وان تقايلا بعد موتها فالاقالة
باطلة لان المعقود عليه في البيع انما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة
ابتداء فلا تبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة و
بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه **قال** ومن اسلم الى رجل
دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت لك رديئا وقال رب السلم لم تشترط شيئا
فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت في انكاره الصحة لان المسلم فيه يربو
على رأس المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة

لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر
وان انكر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل وقال
رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره حقا له
وهو الاجل والفساد لعدم الاجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع في
رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا
عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف
الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب
المال لكون المضارب متعنتا في انكاره حقا له وهي زيادة عشرة ولو قال رب المال
شرطت لك نصف الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فالقول
لرب المال لانه ينكر استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة القول للمسلم
اليه لانه مدعي الصحة فقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا
بخلاف مسئلة المضارب لانه ليس بلازم فلم يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى
استحقاق الربح اما السلم لازم فصار الاصل ان من خرج كلامه تعنتا فالقول
لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول
لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة **قال** ويجوز السلم في الثياب
اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا
وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه ولا يجوز السلم في الجواهر
ولا في الخرز لان آحادها تتفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا
يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا
معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمي الملبن **قال** وكل ما امكن ضبط
صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى المنازعة وما لا يضبط
صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه دين وبدون الوصف يبقى مجهولا
جهالة تفضي الى المنازعة ولا بأس بالسلم في طست او قمقمة او خفين او نحو ذلك
اذا كان يعرف لاستجماع شرائط السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول
قال وان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل
وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم
قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغا لا من
صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا باختياره حتى
لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح **قال** وهو بالخيار

بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره
في المبسوط وهو الاصح وعن ابي حنيفة رح ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه
الا بضرر وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف رح انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا
واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله
ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب لعدم المجوز وفيما فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه
بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلما
عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو ضرب فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما
ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف
ما لا تعامل فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رح انه دين
يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة
فكان الحمل على السلم اولى

مسائل منثورة

قال ويجوز بيع الكلب والفهد
والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز بيع الكلب العقور
لانه غير منتفع به وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الكلب لقوله عليه السلام ان من السحت
مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع
باعزازه فكان منتفيا ولنا انه عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية
ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية لانه
لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعا لهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة العين
ولو سلم فيحرم التناول دون البيع **قال** ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام
ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه **قال**
واهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث فاعلمهم ان
لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين **قال**
الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم
على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم
وما يعتقدون دل عليه قول عمر رض ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها **قال** ومن
قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى
الالف ففعل فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن وان كان
لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضمين واصله ان الزيادة في الثمن
والمثمن جائزة عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر والشافعي رح لانه تغيير
العقد من وصف شرعي الى وصف شرعي وهو كونه عدلا او خاسرا او رابحا

ثم ذراع فيستفيد المشتري بها شيئا بان يزداد في الثمن وهي تساوي المبيع بدونها
فيصح اشتراطه على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة
فاذا قال من الثمن وجد شرطه فيصح واذا لم يقل من الثمن لم يوجد شرطه فلم يصح
قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح
جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة على الكمال وهذا ليس بقبض لان وطئ
الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله وان لم يطاها فليس بقبض
والقياس ان يصير قابضا لانه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه
الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي
فافترقا قال ومن اشترى عبدا فغاب فاقام البائع البينة انه باعه اياه
ولم يقبض الثمن فان كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع
الى حقه بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد
وادى الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به
مشغولا بحقه واذا تعذر استيفاؤه يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات
والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق
متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا
فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه واذا
حضر الآخر لم ياخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح
وقال ابو يوسف رح اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض الا نصيبه وكان متطوعا
بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي
عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع
بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه
والمضطر يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه الى ان يستوفي
حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه قال ومن اشترى جارية
بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب
من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف
من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة
لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما قال ومن له
على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت
فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه

بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف
لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى
لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة
ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا
نظير له قال واذا فرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا
تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان يوخذ بغير حيلة
والصيد لمن اخذه وكذا البيض لانه اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره
او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف وكما اذا
دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يكفه وكان مستعدا له
بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه
والتراب المجتمع في ارضه بجريان الماء

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان
كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به للحاجة الى النقل في بدليه من اليدين والصرف
هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف
هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل رح ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال
ومن باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة
والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل
ربوا الحديث وقال جيدها ورديها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال ولا بد من قبض
العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رض وان استنظرك ان يدخل بيته
فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد عن الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض
الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا ولان احدهما ليس باولى من الآخر فوجب
قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما
ولا يتعين الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعين
لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق
بالابدان حتى لو ذهبا يمشيان معا في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما
لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رض وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرنا
في قبض راس مال السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب
بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام
الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء وان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين

او احدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل
لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق الا اذا اسقط الخيار
في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه
حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب
فاسد لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويزه فواته وكان ينبغي
ان يجوز في الثوب كما نقل عن زفر لان الدراهم لا تتعين فينصرف العقد الى مطلقها
ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سواهما
فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من
ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه ويجوز بيع الذهب بالفضة
مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف
بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا **قال** ومن باع جارية قيمتها الف مثقال
فضة وفي عنقها طوق فضة قيمته الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف
مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس
لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراها بالفي مثقال الف
نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية
والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما وكذلك لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته
خمسون درهما ودفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان
لم يبين ذلك لما ذكرنا وكذلك ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد
بذكرهما الواحد قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيحمل عليه
لظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيه وكذا
في السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز
افراده بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف
وبطل في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت
الفضة المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه او لا يدري لا يجوز البيع
للربوا او لاحتماله وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت **قال** ومن باع اناء فضة
ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء
مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ
لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق بعض الاناء فالمشتري

بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب في الاناء ومن باع
قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصته ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض
قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه
وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر حنطة وكر شعير بكري
حنطة وكري شعير لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل
الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير
لا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم
باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرف الربح الى الثوب وكذا اذا جمع
بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى
عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد
العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة
تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل
عليه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل
بمقابلة الكل وصار كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه
تصحيحا لتصرفه بخلاف مسئلة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح
كله الى الثوب والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لانه يمكنه صرف
الزيادة على الالف الى المشتري وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس
بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة انعقد العقد صحيحا والفساد في حالة
البقاء وكلامنا في الابتداء **قال** ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار
جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل
على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر
التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شيء آخر
تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم
يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربوا اذ الزيادة لا يقابلها عوض ومن كان
له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار
وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه
انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة
فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ
الاول والاضافة الى الدين اذ لولا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف وفي الاضافة

الى الدين يقع المقاصة بنفس العقد على ما بيناه والفسخ قد ثبت بطريق الاقتضاء كما
اذا تبايعا بالف وخمسمائة وزفر يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا
كان الدين سابقا فان كان لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول
والاضافة الى الدين قائم وقت تحويل العقد فيكفي ذلك للجواز ويجوز بيع درهمين
صحيحين ودرهم غلة بدرهم صحيح ودرهمين غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه
التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة واذا
كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة وان كان الغالب على الدنانير الذهب فهي
ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة
بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها الا
وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها لا تنطبع الا مع الغش وقد
يكون الغش خلقيا كما في الردي منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والردي سواء
وان كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان
اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف فان بيعت
بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة
وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين
واذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال
رضي الله عنه ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة
لانها اعز الاموال في ديارنا فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا ثم ان كانت
تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد
فبالعد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيها اذا لم يكن
نص ثم هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين واذا كانت لا تروج فهي
سلعة تتعين بالتعيين وان كانت يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف
لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا
منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا منه واذا اشترى بها سلعة
ثم كسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح
عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد رح عليه قيمتها آخر ما تعامل الناس بها لان العقد
قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب
فانقطع فاذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند ابي يوسف رح عند البيع لانه مضمون به
وعند محمد يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رح ان الثمن

يهلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل
البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان هالكا كما في البيع الفاسد ويجوز البيع بالفلوس
لانها مال معلوم فان كانت نافقة جاز البيع بها وان لم يتعين لانها اثمان بالاصطلاح
وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها واذا باع بالفلوس
النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه
وان استقرض فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة عليه رد مثلها لانه اعارة وموجبه رد العين
معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف
الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن
عند ابي يوسف رح يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف
فيمن غصب مثليا فانقطع وقول محمد انظر وقول ابي يوسف ايسر ومن اشترى شيئا
بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق
فلوس او بقيراط فلوس جاز وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس
وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن نقول ما يباع
بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فاغنى عن
بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي يوسف لان
ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد
انه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم
فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف رح اصح لا سيما في ديارنا
قال ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا
الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز
وبيع النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رح بطل في الكل
لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظة الاعطاء كان
جوابه كجوابهما لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز
لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون
نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس قال رضي الله تعالى عنه
في اكثر نسخ المختصر ذكر المسألة الثانية والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة
في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس

وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به وقال الشافعي رح
لا تجوز لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه إذ لا قدرة له على نفس المكفول به بخلاف
الكفالة بالمال لأنه له ولاية على مال نفسه ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم
وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها ولأنه يقدر على تسليمه بطريقه بأن
يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة
إليه وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه وتنعقد إذا قال
تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه وكذا ببدنه وبوجهه
لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة أو عرفا على ما مر في الطلاق وكذا
إذا قال بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ
فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله
لأنه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما وفيما تقدم تصح وكذا
إذا قال ضمنته لأنه تصريح بموجبه أو قال علي لأنه صيغة الالتزام أو قال إلي
لأنه في معناه في هذا المقام قال عليه السلام ومن ترك كلا أو عيالا فإلي
وكذا إذا قال أنا زعيم به أو قبيل لأن الزعامة هي الكفالة وقد رويناه فيه
والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لمعرفته
لأنه التزم المعرفة دون المطالبة وإن شرط في الكفالة تسليم المكفول به
في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه
فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق ولكن لا يحبسه
أول مرة لعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول عنه بنفسه أمهله الحاكم
مدة ذهابه ومجيئه فإن مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن
إيفاء الحق **قال** وإذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه
مثل أن يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لأنه أتى بما التزمه وحصل
المقصود به وهذا لأنه ما التزم التسليم إلا مرة واحدة وإذا كفل على أن
يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا
لا يبرأ لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار فكان التقييد مفيدا
وإن سلمه في برية لم يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود
وكذا إذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر
غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة رح للقدرة على المخاصمة فيه
وعندهما لا يبرأ لأنه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن وقد

حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على المحاكمة فيه **قال** وإذا مات المكفول به
برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لأنه عجز عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن الأصيل
فيسقط الإحضار عن الكفيل وكذا إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادرا على تسليم المكفول
بنفسه وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له
فللوصي أن يطالب الكفيل وإن لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت **قال** ومن كفل بنفس
آخر ولم يقل إذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء لأنه موجب التصرف
فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء
الدين ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لأنه مطالب بالخصومة فكان له ولاية
الدفع وكذا إذا سلمه إليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه **قال** فإن
تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه من المال وهو ألف
فلم يحضره إلى الوقت لزمه ضمان المال لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم
الموافاة وهذا التعليق صحيح فإذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة
بالنفس لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه إذ كل واحد منهما
للتوثق وقال الشافعي رح لا يصح هذه الكفالة لأنه تعليق سبب وجوب
المال بالخطر فأشبه البيع ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث إنه التزام
فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط
متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف ومن كفل بنفس
رجل وقال إن لم يواف به غدا فعليه المال فإن مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق
الشرط وهو عدم الموافاة ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها أو لم يبينها
حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه
المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد إن لم يبينها حتى تكفل ثم ادعى بعد
ذلك لم يلتفت إلى دعواه لأنه علق مالا مطلقا بخطر لا يدري أنه هل يجب
عليه أو لا فلا يصح الكفالة على هذا الوجه وإن بينها ولأنه لم يصح الدعوى
من غير بيان فلم يجب إحضار النفس وإذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح
بالمال لأنه بناء عليه بخلاف ما إذا بين ولهما أن المال ذكر معرفا فينصرف إلى ما
عليه والعادة جرت بالإجمال في الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان
فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب
عليها الثانية **قال** ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة
معناه لا يجبر عليها عنده وقالا يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد وفي القصاص

لانه خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام
لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق
بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير
ولو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس
فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم **قال** ولا يحبس فيها حتى يشهد
شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي لان الحبس للتهمة ههنا والتهمة
تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه
اقصى عقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في ادب القاضي ان على قولهما
لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة **قال**
والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين يطالب به ويمكن الاستيفاء فيمكن
ترتيب موجب العقد عليه فيهما **قال** ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ
منه كفيلا اخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود
التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة معلوما
كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك
عليه او بما يدركك في هذا البيع لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة
وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى به حجة وصار كما اذا كفل بشجة صحت الكفالة
وان احتمل السراية والاقتصار وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون
ببدل الكتابة وسيأتيك في موضعه ان شاء الله تعالى **قال** والمكفول له بالخيار
ان شاء طالب الذي عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة
في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ
ينعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل يكون كفالة
ولو طالب احدهما له ان يطالب الاخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف المالك
اذا اختار احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك
من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك فوضح الفرق **قال** ويجوز تعليق
الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا فعلي او ما ذاب لك عليه فعلي او ما غصبك
فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة
ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق
كقوله اذا استحق المبيع او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه
او لتعذر الاستيفاء مثل ان يقول اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى

ما ذكرناه فاما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل
كل واحد منهما اجلا الا انه تصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط
لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق فان قال تكفلت بما لك عليه فقامت البينة
بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح
الضمان به وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به
لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار
على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها **قال** وتجوز
الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا ولانه التزام المطالبة وهو
تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع
اذ هو عند امره وقد رضي به فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره
وان كفل بغير امره لم يرجع بما يؤديه لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما ادى معناه
اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل
منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا
في الحوالة بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء
حتى يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة
لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل **قال** وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه
بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل
الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية **قال** فان لوزم بالمال كان له ان يلازم
المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه ما لحقه من جهته
فيعامله بمثله وكذا اذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى منه برئ الكفيل
لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح وان ابرأ
الكفيل لم يبرأ الاصيل لانه تبع ولان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز
وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تأخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن
تأخيرا عن الذي عليه الاصل لان التأخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد
بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتأجل عن الاصيل لانه لا حق
له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما ههنا بخلافه **قال** فان
صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل
لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهو على الاصيل فبرئ عن خمسمائة وبراءته
توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن خمسمائة باداء الكفيل ويرجع على الاصيل

بخمسمائة لأن الكفالة بأمره بخلاف ما إذا صالح عن جنس آخر لأنه مبادلة فملكه فيرجع بجميع
الألف ولو كان صالح عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة
قال ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت إلي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه
معناه بما ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها إلى الطالب لا تكون
إلا بالإيفاء فيرجع وإن قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لأنه براءة لا تنتهي
إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم يكن إقرارا بالإيفاء ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني
لأنه يحتمل البراءة بالأداء والإبراء فيثبت الأدنى إذ لا يرجع الكفيل بالشك وقال
أبو يوسف رحمه الله هو مثل الأول لأنه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب وإليه الإيفاء دون
الإبراء وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل
قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك
كما في سائر البراءات ويروى أنه يصح لأن عليه المطالبة دون الدين في الصحيح
فكان إسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد بخلاف إبراء الأصيل
وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص
معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحق لأنه يتعذر إيجابه عليه وهذا لأن العقوبة
لا تجري فيها النيابة وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز لأنه دين كسائر الديون
وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح لأنه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة
بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن بالأعيان المضمونة
بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان
مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار
والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم
الرهن بعد القبض إلى الراهن أو بتسليم المستأجر إلى المستأجر جاز لأنه التزم فعلا واجبا
ومن استأجر دابة للحمل عليها فإن كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لأنه عاجز عنه
وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق
وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا قال ولا تصح الكفالة
إلا بقبول المكفول له في مجلس العقد وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف يجوز إذا بلغه
فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له أنه
تصرف التزام فيستبد به الملتزم وهذا وجه هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه
في الفضولي في النكاح ولهما أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا
والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال إلا في مسألة واحدة وهي أن يقول

أن يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فتكفل به مع غيبة الغرماء لأن ذلك وصية
في الحقيقة ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا إنما تصح إذا كان له مال أو يقال
إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه
وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في
هذه الحالة فصار كالأمر بالنكاح ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه
قال وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل رجل عنه للغرماء لم يصح عند أبي حنيفة
وقالا يصح لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط
ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة ولو تبرع به إنسان يصح وكذا يبقى إذا كان به كفيل
أو له مال ولأبي حنيفة أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب
لكنه في الحكم مال لأنه يؤول إليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء
فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين وإذا كان به كفيل أو له مال فخلفه أو الإفضاء
إلى الأداء باق قال ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الألف قبل أن يعطيه
صاحب المال فليس له أن يرجع فيها لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الكفيل
فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي ولأنه ملكه
بالقبض على ما نذكر بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة في يده
وإن ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به لأنه ملكه حين قبضه أما إذا قضى الدين فظاهر
وكذا إذا قضاه المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لأنه وجب له على المكفول عنه
مثل ما وجب للطالب عليه إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين
المؤجل ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل الأداء يصح فكذا إذا قبضه يملكه إلا أن فيه
نوع خبث نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ولو كانت
الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا أنه ملكه قال وأحب
إلي أن يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله في رواية
الجامع الصغير وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هو له ولا يرده على الذي قضاه وهو
رواية عنه وعنه أنه يتصدق به لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له
وله أنه تمكن الخبث مع الملك إما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه أو لأنه
رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث
يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية لأن الخبث
لحقه وهذا أصح لكنه استحباب لا جبر لأن الحق له قال ومن كفل عن رجل بألف بأمره
فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع

فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيتأبى عليه
ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض
بعشرة ويتحمل خمسة سمي به لما فيه من الاعراض عن الدين الى العينة وهو مكروه لما فيه
من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري
نظرا الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير غير متعين
وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيفما كان فالمشتري للمشتري وهو
الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد **قال** ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه
او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول
عنه الف درهم لم تقبل بينته لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظ القضاء ظاهر
وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به وهذا ماض
اريد به المستانف كقوله اطال الله بقاءك والدعوى مطلق عن ذلك فلا يصح ومن
اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل عنه بامره فانه يقضي به على الكفيل وعلى
المكفول عنه وان كانت الكفالة بغير امره فانه يقضي به على الكفيل خاصة وانما تقبل
لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران
لان الكفالة بامر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعوى
احدهما لا يقضى له بالاخر فاذا قضى بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار
بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير امر لا تمس جانبه لانه يعتمد صحتها بقيام
الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامر يرجع الكفيل بما ادى على الامر
وقال زفر رح لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول
صار مكذبا شرعا فبطل زعمه ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم
لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى
في نقض ما تم من جهته وان لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب
المشتري فيه اذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزلت منزلة الاقرار بملك البائع
قال ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون
مشروطة في البيع ولا هي باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره
ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب في الصك
باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم الا اذا كتب
الشهادة على اقرار المتعاقدين

فصل في الضمان

قال ومن باع لرجل
ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل لان الكفالة التزام

المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في
ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذا
رجل باع عبدين صفقة واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح
الضمان مع الشركة يصير ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة
الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا ترى
ان للمشتري ان يقبل نصيب احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل
قال ومن ضمن عن اخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو
يخالف الزكاة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصيته
واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك واجر الحارس والموظف
لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد بها
ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ وممن يميل الى الصحة الشيخ الامام
علي البزدوي رح واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها او حصة منها
والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب
والحكم ما بيناه ومن قال لاخر لك علي مائة الى شهر فقال المقر له هي حالة فالقول قول
المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول
الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة
الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح انما اقر بمجرد
المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول
قول من انكر الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بان كان
مؤجلا على الاصيل والشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه
الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك
فاستحقت لم يؤاخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض
البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب على الاصيل رد الثمن
فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على
البائع والكفيل وموضعه اوائل الزيادات في ترتيب الاصل ومن اشترى عبدا فضمن له
رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك
القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك
وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان
الاستحقاق عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رح لانه عبارة عن تخليص

المبيع وتسليمه لا بحالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الاداء وهو تسليم
المبيع او قيمته فيصح

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد
منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف وكفل كل واحد منهما عن صاحبه
فما ادى احدهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يوديه على النصف فيرجع بالزيادة
لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الاخر كفيل ولا معارضة بين
ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع
للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع
في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه فيودي
الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فكل شي اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة
في الصحيح ان تكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة
فتجتمع الكفالتان على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما
تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع
شايعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه
بنصفه فلا يودي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع احدهما بنصف
ما ادى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والاخر
بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفيل بجميع المال عنه بامره قال
واذا ابرا رب المال احدهما اخذ الاخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة
الاصيل فكان على الاصيل والاخر كفيل عنه بكله على ما بينا ولهذا ياخذه به قال
واذا افترق المتفاوضان فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاوا بالجميع الدين
لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على
صاحبه حتى يودي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين
قال واذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه وكل
شي اداه احدهما يرجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جايز استحسانا
وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما
معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله تعالى
واذا عرف ذلك فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع
بالكل لا يتحقق المساواة قال ولو لم يوديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما
جاز العتق لمصادفته ملكه وبري عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا

الا ليكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الاخر
لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح
الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا يتنصف
وللمولى ان ياخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالاصالة
فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يوديه لانه مودي عنه بامره وان اخذ
الاخر لم يرجع على المعتق بشي لانه ادى عن نفسه والله تعالى اعلم بالصواب

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال لان المال
حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ جميع ما في يده
ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا كفل عن غايب
او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متاخر بمؤخر ثم اذا ادى رجع على العبد بعد
العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال
ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد بري الكفيل لبراءة
الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات
العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها
على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة
على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاول قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره
فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما
على صاحبه وقال زفر رحمه الله يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد
دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره واما كفالته عن العبد فتصح
على كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق
قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على
عبده دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره
بغير امره فاجازه ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه ثبت
مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجز نفسه سقط ولا يمكن
اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم
لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رحمه الله لانه
كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

وهي جايزة بالديون قال عليه السلام
من احيل على ملي فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة

وانما اختص بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل في الدين لا في العين قال
وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها
والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين فلا لزوم
بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام
الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع
عليه اذا لم يكن بامره قال واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر رح
لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة للنقل لغة
ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم
والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الاملى
والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لاحتمال عود المطالبة
اليه بالتوى فلم يكن متبرعا قال ولم يرجع المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه
وقال الشافعي رح لا يرجع وان توى لان البراءة حصلت مطلقة فلا يعود
الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ
الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال والتوى
عند ابي حنيفة رح احد الامرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت
مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في الحقيقة وقالا
هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته وهذا بناء على ان الافلاس
لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال الله تعالى غاد ورائح قال واذا طالب
المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله
وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان
المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول للمنكر ولا تكون الحوالة اقرارا بالدين عليه
لانها قد تكون بدونه واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال انما احلتك لتقبضه لي
وقال المحتال بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه
الدين وهو ينكر ولفظ الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه
ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء
فان هلكت برئ لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت
مقيدة بالمغصوب لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين
ايضا وحكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به
حق المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا لانه لو

لا يبقى له مطالبة البتة فيأخذه منه فتبطل الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لانه
لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده قال ويكره السفاتج
وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي

قال ولا تصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد
اما الاول فلان حكم القضاء يستفاد من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية
فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة يشترط لاهلية
القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة
فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان عدلا ففسق باخذ
الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رح
وقال الشافعي الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا
الثلاثة رح في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء
يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا
بتقليده دونها وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا يصلح لانه من امور الدين وقيل يصلح لانه يجتهد
حذار النسبة الى الخطأ واما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية
فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رح وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي
القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء
يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى
لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله
وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب
حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل
بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس
لان من الاحكام ما يبتني عليها قال ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه
ان يؤدي فرضه لان الصحابة رض تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه
امرا بالمعروف قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه الحيف فيه
كيلا يصير شرطا لمباشرة القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام
من جعل على القضاء فكانما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة
طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له او لا يعينه
عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض

عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد قال وينبغي ان لا يطلب
الولاية ولا يسألها لقوله عم من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن اجبر عليه
نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر عليه يتوكل
على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان الصحابة
تقلدوه من معاوية والحق كان بيد علي في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج
وهو كان جائرا الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد
بخلاف ما اذا كان يمكنه قال ومن قلد القضاء يسأل ديوان القاضي الذي قبله وهو
الخرائط التي فيها السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة
فيجعل في يد من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا
اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين
ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل
نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام
قال وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه
لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل
التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما اذا كانت على فعل نفسه فان لم
تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول
حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى ابطال حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع
الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة او يعترف به من هو في يده ولا يقبل
قوله لما بينا الا ان يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله
فيها لانه ثبت باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده
في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه قال
ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين
والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي رح يكره الجلوس في المسجد للقضاء
لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا
قوله عم انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان رسول الله عم يفصل الخصومة
في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات
ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك
في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج
القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما اذا

كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها
ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة قال ولا يقبل هدية الا من ذي
رحم محرم او ممن جرت عادته بمهاداته قبل القضاء لان الاول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء
بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة
لا يقبل هديته وكذا اذا زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء
فيتحاماه قال ولا يحضر دعوة الا ان تكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيتهم بالاجابة بخلاف
العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد رح انه يجيبه وان كانت
خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال
ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك من حقوق المسلم قال عليه السلام للمسلم
على المسلم ستة حقوق وعد منها هذا ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان
النبي عليه السلام نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس
والاقبال لقوله عم اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة
والنظر قال ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه مكسرة
لقلب الاخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ على خصمه ولا يمازح
ولا واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضاء قال ويكره تلقين الشاهد ومعناه
ان يقول له اتشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم
واستحسنه ابو يوسف رح في غير موضع التهمة لان الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان
تلقينه احياء للحق بمنزلة الاشخاص والتكفيل

فصل في الحبس

قال واذا ثبت الحق
عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان الحبس
جزاء المماطلة فلا بد من ظهوره وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا
في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه
لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره قال فان
امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد
كالمهر والكفالة لانه اذا حصل المال في يده ثبت غناه به واقدامه على التزامه
باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على ادائه والمراد بالمهر معجله
دون مؤجله قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك اذا ادعى انه فقير الا ان يثبت غريمه
ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه وعلى المدعي
اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك لان الاصل هو العسرة ويروى
ان القول له الا فيما بدله مال وفي النفقة القول للزوج انه معسر وفي اعتاق العبد

المستثنى القول للمعتق والمسئلة تروى بالقولين والترجيح والتخريج على ما قال في
الكتاب لانه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق
وكذا عند ابي حنيفة رح في ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت
ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه
في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة
فقدره بما ذكر ويروى غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر
والصحيح ان التقدير مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه قال
فان لم يظهر له مال خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة
فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة تقبل في رواية
ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ رح قال في الكتاب خلى سبيله
ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر
ان شاء الله تعالى قال وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه
ثم يسأل عن حاله فان كان موسرا ابد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده
اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه
فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس
والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص
قال الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان

باب القاضي الى القاضي قال

ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبينه
فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو
سجلا وان شهدوا بغير حضرة خصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب
بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في
الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها ان شاء الله وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي
قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة
وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة
المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج
الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف بالتحديد فيه ولا يقبل في الاعيان
المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف انه يقبل في العبد دون الامة لغلبة
الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها وعن محمد انه يقبل

في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين
او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه
ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول
القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية قال
ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون العلم
ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح
لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما ولهذا
يدفع اليهم كتاب اخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف
اخرا شيء من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن ابي يوسف
ان الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة
واختيار شمس الائمة السرخسي قول ابي يوسف رح قال فاذا وصل الى القاضي لم يقبله
الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي
الكاتب لانه للنقل لا للحكم قال واذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه
كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على
الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف اذا شهدوا انه كتابه
وختمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح ان يفض الكتاب
بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم
اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء
حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه التحق بواحد
من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاض اخر في غير عمله او في غير عملهما وكذا لو مات
المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا والى كل من يصل اليه من قضاة
المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معروف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه
على ما عليه مشايخنا لانه غير معروف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه
مقامه ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة
البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله
سعي في اثباتهما

فصل اخر قال

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود
والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء
الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل
بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف الفوات لتوقته فكان

الا برضاه اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضا ولو قضى النايب بحضرة الاول
او قضى الثاني فاجازه الاول جاز كما في الوكالة وهذا لانه حضره راي الاول
وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نايبا عن الاصيل قال واذا رفع الى القاضي
حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل
عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقها فقضى به قاض ثم جا قاض اخر
يرى غير ذلك امضاه والاصل ان القضا متى لاقى فصلا مجتهدا فيه ينفذه ولا يرده غيره
لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضا به فلا ينقض بما هو
دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة وان كان
عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطا بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين
لانه قضى بما هو خطا عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا
لما ذكرناه والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور ولا يعتبر بمخالفة
البعض وذلك خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال
وكل شي قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة
وكذا اذا قضى باحلال وهذا اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضا
القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في كتاب النكاح قال
ولا يقضي القاضي على غايب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز
لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع المنازعة
ولا منازعة بدون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من الخصم
فيشتبه وجه القضا لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط
قيام الانكار وقت القضا وفيه خلاف ابي يوسف رح ومن يقوم مقامه قد يكون
بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما يدعي
على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة في الكتب اما اذا كان
شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغايب وقد عرف تمامه في الجامع
قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم
لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه
وان اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح
الروايتين لعجزه عن الاستخراج

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما
ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما
وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهليته

اهلية القضا ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق
والصبي لعدم اهلية القضا اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز
عندنا كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من
جهتهما فلا يحكم الا برضاهما واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما واذا رفع حكمه
الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه
ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص يدل
على جواز التحكيم في ساير المجتهدات كالطلاق والنكاح وهو الصحيح الا انه لا يفتى به ويقال
يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام وان حكماه في دم خطا فقضى بالدية على العاقلة
لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل بالدية في ماله
رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرايه ومخالف للنص الا اذا ثبت القتل
باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار
لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على
تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة ولو اخبر بالحكم لا يقبل لانقضا الولاية
وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل والمولى والمحكم فيه سوا وهذا لانه لا
تقبل شهادته لهولا لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضا لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم
لانه تقبل شهادته عليهم لانتفا التهمة فكذلك القضا فلو حكما رجلين لا بد
من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الراي والله تعالى اعلم بالصواب

مسائل شتى من كتاب القضا

قال واذا كان علو لرجل وسفل لاخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب
كوة عند ابي حنيفة معناه بغير رضا صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا
الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه وقيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة
فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق
والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل
تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستاجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل
لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين البناء او نقضه فيمنع
عنه قال واذا كانت زايغة مستطيلة تتشعب عنها زايغة مستطيلة وهي غير
نافذة فليس لاهل الزايغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزايغة القصوى لان فتحه للمرور
ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها
حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيه حق العامة قيل المنع من المرور

او من فتح الباب لانه رفع جداره والوضع ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنه
المنع من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي المرور في القصور بتركيب الباب
قال وان كانت سكة غير نافذة لم يكن لهم ان يفتحوا لان للحق لهم حق
المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يستحقون الشفعة اذا بيعت
دار منها قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم صالحه
منها فهو جائز وهي مسئلة الصلح عن الانكار وسنذكرها في الصلح ان شاء الله تعالى
والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة
في الساقط فلا تفضي الى المنازعة على ما عرف ومن ادعى دارا في يد رجل انه
وهبها في وقت كذا فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه واقام
البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض
اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها
تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبله
ولم يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى
الهبة اقرار منه بالملك للواهب عند الهبة ودعوى الشراء رجوع منه فعد مناقضا
بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه تقرر ملكه عندها ومن قال
لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه
ان يطأها لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا
تجاحدا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت
الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه
ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد
بفسخه ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق
وفي بعض النسخ وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس
الدراهم الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز والقبض
لا يختص بالجياد فيصدق ولانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه
قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او
دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانه
ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز والزيف ما زيفه
بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش
ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل

بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد المقر له في
مجلسه والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال اشتريت
وانكر له ان يصدقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى
انه حقهما فبقي العقد فعمل التصديق اما المقر له ينفرد برد الاقرار فافترقا قال
ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف
واقام هو البينة على القضاء قبلت بينته وكذا على الابراء وقال زفر رح لا تقبل
لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير
المحق قد يقضى ويبرأ منه فيكون دفعا للخصومة الا ترى انه يقال قضى بباطل
وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضي وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق
اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل بينته على القضاء وكذا على
الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء وقضاء ومعاملة
ومصالحة بدون المعرفة وذكر القدوري انه تقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة
قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه
بعد ذلك فامكن التوفيق ومن ادعى على آخر انه باعه جارية فقال لم ابعها منك
قط واقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل
عيب لم تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف انه تقبل اعتبارا بما ذكرنا ووجه الظاهر
ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيستدعي
وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين لانه قد يقضى وان كان باطلا على
ما مر قال ذكر حق كتب في اسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله
او كتب في الشرى فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله بطل الذكر كله وهذا عند
ابي حنيفة رح وقالا ان شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان
ذكره في الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق وكذا الاصل
في الكلام الاستبداد وله ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف الى الكل كما في
الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله
ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت

فصل في القضاء بالمواريث

قال واذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت
الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رح القول قولها لان
الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت في الحال
فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر نعتبره للدفع

وهو نصيبه للاستحقاق ولو مات المسلم وله امراة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته
وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول قولهم ايضا ولا يحكم الحال
لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم
ظاهر الحدوث ايضا **قال** ومن مات وله في يد رجل اربعة الاف درهم وديعة فقال
المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع المال اليه لانه اقر ان ما في يده حق
الوارث خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا
اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لانه اقر
له بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد موته بخلاف
المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على
نفسه فيؤمر بالدفع اليه فلو قال المودع لاخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له
ابن غيري قضي بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده على المال
فيكون هذا اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول
لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح **قال** واذا قسم الميراث بين الغرماء
والورثة فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض
القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة وقالا يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت
الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي
ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط
بالكفالة كما اذا دفع الابق واللقطة الى صاحبه واعطى امراة الغائب النفقة من
ماله ولابي حنيفة ان حق الحاضر ثابت قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى
زمان التكفيل كمن اثبت الشراء ممن في يده او ثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه
لا يكفل ولان المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة
لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما الابق واللقطة ففيه روايتان والاصح
انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة واقرار العبد يكفل بالاجماع لان
الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف
عن مذهبه ان المجتهد يخطي ويصيب لا كما ظنه البعض **قال** واذا كانت الدار في يد
رجل واقام الاخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان الغائب
قضي له بالنصف وترك النصف الاخر في يد الذي هي في يده ولا يستوثق
منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان كان الذي هي في يده جاحدا اخذ منه
وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال

في يده بخلاف المقر لانه امين ولان القضاء وقع للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا
الميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم
الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في منقول
فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه قد يحتاج فيه الى الحفظ والنزاع بالنزع فيه بخلاف
العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب
دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا
وقول ابي حنيفة فيه اظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل لانه انشاء خصومة
والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة
ويسلم النصف اليه بذلك القضاء لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين
فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد
من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح
نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفي الا نصيبه وصار كما اذا قامت البينة بدين الميت
الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه
لا يكون خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده ومن قال مالي في المساكين صدقة
فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس ان يلزمه التصدق بالكل
وبه قال زفر لعموم اسم المال كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب
الله تعالى فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية فاخت الميراث
لانها خلافة كهي فلا يختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال
الزكوة اما الوصية تقع في حال الاستغناء فتنصرف الى الكل وتدخل فيه ارض العشر
عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشر راجحة وعند محمد لا تدخل
لانه سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة عنده ولا يدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة
ولو قال ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال والمقيد
بايجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال ولا مخصص في لفظة الملك فبقي على العموم والصحيح
انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى
ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك لان حاجته
هذه مقدمة ولم يقدر لاختلاف احوال الناس وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب
الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى هذا
صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله **قال** ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصاية
حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف

انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصي نائب بعد الموت فيعتبر بالنيابة قبله وهي
الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة
فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة فانابة لقيام ولاية المنوب عنه
فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت
لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا الزام امر قال
ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون
شهادة من وجه فيشترط احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف
رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر
المولى بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر الينا قال واذا باع
القاضي او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين
القاضي قائم مقام القاضي والقاضي مقام الامام وكل منهم لا تلحقه ضمان كيلا يتقاعد
عن قبول هذه الامانة فيضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء لان البيع واقع لهم
فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا
يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض
وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي
عنه فصار كما اذا باعه بنفسه ورجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال
يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في
امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد
عاملا له

فصل

قال واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع
فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد انه رجع عن هذا وقال
لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن
وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال
اكثر القضاة في زماننا الا في كتاب القاضي للحاجة اليه وجه الظاهر انه اخبر
عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن التهمة ولان طاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه
طاعة وقال الامام ابو منصور الماتريدي رح ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام
تهمة الخطأ والخيانة وان كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن التفسير وجب تصديقه
والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم
لتهمة الخطأ والخيانة قال واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها

ودفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذا
لو قال قضيت بقطع يدك في حق اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرين انه فعل
ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له اذ القاضي
لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على
القاضي ولو اقر القاطع او الآخذ بما اقر القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حالة
القضاء ودفع القاضي صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده والمأخوذ ماله انه
فعل قبل التقليد او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا هو الصحيح لانه اسند فعله
الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون
والجنون منه كان معهودا ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما اقر القاضي
يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال
سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان
المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي
في انه فعله في قضائه او ادعى انه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له
فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض يلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى
ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما
يشترط طلب المدعي لانه حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق والشهادة في الحدود
يخير فيها الشاهد بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي
عن الهتك قال والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك
وقال عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء
عن النبي عم والصحابة رض دلالة ظاهرة على افضلية الستر الا انه يجب ان يشهد بالمال
في السرقة فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر
ولانه لو ظهرت السرقة وجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه
قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى
واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى
ثم لم يأتوا باربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري مضت
السنة من لدن رسول الله عم والخليفتين من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود
والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل

فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة
رجلين لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة النساء
لما ذكرنا **قال** وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامرأتين
سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو
ذلك وقال الشافعي لا تقبل شهادة النساء الا في الاموال وتوابعها لان الاصل
فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها
لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن
الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما
هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود ما يبتنى عليه اهلية
الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد
وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار
ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك
الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات
وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر خروجهن **قال** وتقبل في
الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة
امرأة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال
النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة
على الشافعي رح في اشتراط الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر
لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلاث احوط
لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق واما حكم البكارة فان
شهدن انها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة
اصل وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فان قلن انها ثيب يحلف
البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع واما شهادتهن
على استهلال الصبي لا تقبل عند ابي حنيفة رح في حق الارث لانه مما يطلع عليه
الرجال الا في حق الصلاة لانه من امور الدين وعندهما تقبل في حق الارث
ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال فصار كشهادتهن على نفس
الولادة **قال** فلا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر
الشاهد لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم تقبل شهادته اما العدالة
فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم و

ولان العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل
منكم ولان العدالة هي المعينة للصدق ولان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابي يوسف
ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع
عن الكذب لمروءته والاول اصح الا ان القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسألة
معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه
اللفظة ولان فيها زيادة توكيد لان قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع
عن الكذب بهذه اللفظة اشد وقوله في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى
يشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو
الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالزام حتى اختص بمجلس القضاء ويشترط
فيه الحرية والاسلام **قال** ابو حنيفة رح يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل
حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف
ومثل ذلك عن عمر رض ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر كفاية اذ لا وصول
الى القطع الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط
الاستقصاء فيها ولان الشبهة فيها دارئة وان طعن الخصم فيهم يسأل عنهم لانه تقابل
الظاهران فيسأل طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد رح لا بد ان يسأل عنهم في
السر والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء مبناه على الحجة وهي شهادة العدول
فيتعرف عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان
والفتوى على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل
فيها النسب والحلي والمصلى ويردها المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد
وفي العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره وقد كانت
العلانية وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة
ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل
جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار
وهذا اصح **قال** وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه عدل
معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد رح انه يجوز تزكيته لكن عند محمد يضم تزكية
الاخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان في زعم المدعي
وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا وموضوع
المسألة اذا قال هم عدول الا انهم اخطأوا او نسوا اما اذا قال صدقوا او هم
عدول صدقة فقد اعترف بالحق **قال** واذا كان رسول القاضي الذي يسأل

عن الشهود ولو اجاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز
الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد
له ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتني على ظهور العدالة وهي بالتزكية
فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة فيه ويشترط الذكورة في المزكي في الحدود
ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء
واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط اهلية الشهادة في
المزكي في تزكية السر حتى يصلح العبد مزكيا فاما تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد
بالاجماع على ما قاله الخصاف لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربعة في
تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله **فصل** وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت
بنفسه مثل البيع والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه
وسعه ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء
قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال النبي عليه السلام اذا علمت مثل الشمس
فاشهد والا فدع **قال** ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع
من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة
الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت
مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه حصل العلم في هذه الصورة ومنه ما لا
يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز له
ان يشهد على شهادته الا ان يشهده لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير موجبة
بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه الشاهد
يشهد الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره
قال ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه
الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا
بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه او قضيته لان ما
يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم بذلك ولا
كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس الذي كانت فيه
الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن وانت **قال** ولا يجوز للشاهد
ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي
فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به والقياس ان لا يجوز
لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع وجه الاستحسان

ان هذه امور يختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها احكام تبقى على
انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة على التسامع ادى الى الحرج وتعطيل الاحكام
بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك
بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او
رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة
لانه قلما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط
العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة
اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك
تطلق الشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو رأى انسانا جلس مجلس القضاء
يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا رأى رجلا وامرأة
يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الآخر انبساط الازواج كما اذا رأى عينا في
يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي
قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء ينفي اعتبار التسامع
في الولاء والوقف وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب لقوله عليه السلام
الولاء لحمة كلحمة النسب وعن محمد انه يجوز في الوقف لانه يبقى على الاعصار
الا انا نقول الولاء يبتني على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا فيما يبتني
عليه واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه
لان اصله هو الذي يشتهر **قال** ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك
ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة
في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه
انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله في الرواية وقال الشافعي
دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لان اليد متنوعة
الى انابة وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضا الى نيابة واصالة ثم ان عاين المالك
والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا
لان النسب يثبت بالتسامع فان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك
لا يحل له واما العبد والامة فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون
في يد نفسه وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما
فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما يدا على
انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يحل له

انه يشهد على غيره اما بعضنا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه والله تعالى اعلم بالصواب

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل

قال ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة رح تقبل فيما
يجري فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي رح
يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه
غير مؤف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر
الى التمييز بالاشارة بين المشهود له والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة
وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر
وصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد رح
لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت
وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت
انتهت وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو
لا يلي نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره قال ولا المحدود في قذف
وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا
فيبقى بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد ارتفع
بالتوبة وقال الشافعي رح يقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب
قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون او هو
استثناء منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان
للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت شهادة اخرى بخلاف
العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده برد شهادته بعد العتق
قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده
والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده
ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير
لمن استأجره ولان المنافع بين الاباء والاولاد متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة
اليهم فيكون شهادة لنفسه من وجه او تتمكن فيه التهمة قال رض والمراد بالاجير على
ما قالوا التلميذ الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه
وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد به الاجير
مسانهة او مشاهرة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستأجر
عليها قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للاخر وقال الشافعي رح تقبل لان

لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما
ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما رويناه
ولان الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير
متهما بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به ولا شهادة المولى لعبده
لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه دين لان الحال
موقوف مراعى قال ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما
لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ولو شهد بما ليس من شركتهما يقبل لانتفاء التهمة
قال وتقبل شهادة الرجل لاخيه وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة
ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال ولا تقبل شهادة مخنث والمراد المخنث
في الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر فهو مقبول
الشهادة ولا نائحة ولا مغنية لانهما يرتكبان محرما فانه عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين
النائحة والمغنية قال ولا مدمن الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب
بالطيور لانه يورث غفلة ولانه قد يقف على عورات النساء بصعوده سطحه ليطير طيره
وفي بعض النسخ ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس
على ارتكاب كبيرة قال ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق قال
ولا من يدخل الحمام من غير ازار لان كشف العورة حرام او يأكل الربوا او يقامر بالنرد
والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة للاشتغال بهما فاما مجرد
اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط
في الاصل ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة
وكل ذلك ربوا قال ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على
الطريق لانه تارك للمروءة واذا كان لا يستحيي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم ولا تقبل
شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء
الا الخطابية وقال الشافعي رح لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث
الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث او يأكل متروك التسمية
عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية فهم من غلاة الروافض
يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتتمكن
التهمة في شهادتهم وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على البعض وان اختلفت مللهم
وقال مالك والشافعي رح لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون
فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا

ما روي ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه
من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه
والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب
محظور الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم
لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر
وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول ولا تقبل شهادة الحربي
على الذمي اراد به والله اعلم المستأمن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل
دارنا وهو اعلى حالا منه وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى
الذمي وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة
وان كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية
ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستأمن **قال**
وان كانت الحسنات اغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته
وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي الكبائر
كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا ينقدح به العدالة
المشروطة لا ترد الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه
وهو مفتوح احياء للحقوق **قال** وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة
الا اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنيع عدلا **قال** والخصي لان عمر رض
قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده
قال وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وقال مالك رح
لا تقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك
ولا يستحبه والكلام في العدل **قال** وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امرأة
وشهادة الجنسين مقبولة بالنص **قال** وشهادة العمال جائزة والمراد عمال
السلطان عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم
وقيل العامل اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة ولا يجازف في كلامه يقبل شهادته
كما مر عن ابي يوسف في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته
لا يستأجر على الشهادة الكاذبة **قال** واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان
والوصي يدعي ذلك فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز
وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت دين او للميت عليهما
دين او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما ووجه القياس شهادة للشاهد

للشاهد لعود المنفعة اليه ووجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان
طالبا والموت معروف فيكتفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان تثبت بها شيء فصار
كالقرعة والمسئلتان الاوليان اذا اقر ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما
لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي
فيكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن
الموت معروفا لانهما مقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا
ان اباهما الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما لان
القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما ثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان
التهمة **قال** ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت
الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب الا اذا
شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم **قال** ولو اقام رجل اي المدعى
عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود لم يقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان
امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استأجر الشهود
بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه
خصم في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا لو اقامها على اني صالحت الشهود على كذا
من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك
المال ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف او شارب خمر
او قاذف او شريك المدعي تقبل **قال** ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي
فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطأت بنسيان ما كان يحق عليه ذكره
او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلي بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان
العذر واضحا فيقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال
اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي بتلبيس وخيانة فوجب الاحتياط لان المجلس
اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى
هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة
اما اذا لم يكن فلا بأس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى
ذلك وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه يقبل قوله في
غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه **باب الاختلاف في الشهادة قال**
الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في
حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها

قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رحمه الله فان شهد احدهما بالف والاخر بالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة والثلث لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما فصار كالالف والالف والخمسمائة ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما اذا اختلف جنس المال **قال** وان شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف والخمسمائة جملتان عطفت احداهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالفين وان قال المدعي لم يكن لي الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه **قال** واذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه اخر وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا **قال** وينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بيناه وذكر الطحاوي عن اصحابنا رحمهم الله انه لا يقبل وهو قول زفر لان المدعي اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول **قال** واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد اخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لان احداهما كاذبة وليست احداهما باولى من الاخرى فان سبقت احداهما وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية **قال** واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع وان قال احدهما بقرة والاخر ثور لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا

لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض وقيل الاختلاف في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان فيكون السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب اخر وهذا الاخر يشاهده بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة لا يجتمعان في واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه **قال** ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد اخر انه اشتراه بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان هو المولى لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعي هو العبد والمرأة والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كان الدعوى من الجانب الاخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الاجر فهو دعوى الدين **قال** فاما النكاح فانه يجوز بالالف استحسانا وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة رحمهما الله لهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة رحمه الله ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين واكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج اجماع انه لا يقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرنا

فصل في الشهادة على الارث

قال ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضى

للوارث

للوارث حتى يشهدوا انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف
هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث
وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية
الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل الا
انه يكتفى بالشهادة على قيام الملك للمورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة
وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة
الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستاجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل
وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي
عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة
الشهادة على قيام ملكه عند الموت وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي
منذ اشهر لم تقبل وعن ابي يوسف رحمه الله انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا
انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي ووجه الظاهر
وهو قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك
وامانة وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف و
بخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاين
ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة **قال** وان اقر المدعى عليه بذلك دفعت
الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان انه اقر انها
كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به هاهنا الاقرار وهو معلوم والله اعلم

باب الشهادة على الشهادة

الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان
لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم
تجز الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة
وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال
وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود و
القصاص وتجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز
الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصارا
كالمرأتين ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولانه
نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل
شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك رحمه الله ولانه من الحقوق ولا بد

فلا بد من نصاب الشهادة **قال** وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع
اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب
عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي لينقله
الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة
وان لم يقل له اشهد **قال** ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني
على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته
وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير الامور اوسطها
ومن قال اشهد على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتي
لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول
جميعا حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصل
لتصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة **قال** ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان تموت
شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون
معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء
يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى
اديرت عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله انه ان كان في مكان
لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد احياء لحقوق الناس
قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله فان عدل شهود
الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الاخر
صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله
كما لا يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه
فلا تهمة **قال** وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف رحمه الله
وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة
فلا تقبل ولابي يوسف رحمه الله ان الماخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا نقلوا
يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا **قال** وان انكر شهود الاصل
الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو
شرط **قال** واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا
اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامرأة وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي
هات شاهدين انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي
يدعي الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا

ان تحملوا الشهادة ببيع محدود بذكر حدوده وشهدوا على المشتري لا بد من ذكر
يشهدوا على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود المذكورة
في الشهادة حدود ما في يده قال وكذلك كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على
الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل قال ولو قالوا في هذين
البابين التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة لان التعريف
لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون
ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية
خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة خاصة والى المحلة
الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا
لابي يوسف رح على ظاهر الروايات فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة
الجد الادنى **فصل** قال ابو حنيفة رح شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره
وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رحمه الله ولهما ما روي عن عمر رض انه ضرب شاهد
الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد
وليس فيه حد مقدر فيعزر وله ان شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل
بالتشهير فيكتفى به والضرب وان كان مبالغة في الزجر ولكنه قد يقع مانعا عن الرجوع
فوجب التخفيف نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رض محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى الاربعين
والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح فانه كان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا
او الى قومه ان كان غير سوقي اجمع ما كانوا ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا
وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة السرخسي
انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير
ذكرناها في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا وقالا
يعزران وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك
فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي للشهادة والبينات للاثبات والله اعلم

كتاب الرجوع عن الشهادات

قال اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء
والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي
ولا على المشهود عليه فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لان كلامهم متناقض
اخرا فلا ينقض الحكم بالمتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح
الاول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب

بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى **قال**
ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة
من المجلس وهو مجلس القضاء اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية
فالسر بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء فلو
ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما
لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاض كذا وضمنه المال
تقبل لان السبب صحيح واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال
للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا
للاتلاف تعديا وقال الشافعي لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة
قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ الى القضاء وفي
ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب
وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة
بين اخذ العين والزام الدين **قال** فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل ان المعتبر
في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق وان
شهد بالمال ثلاثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق
وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع
فان رجع الاخر ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق وان
شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء من يبقى
وان رجعتا ضمنتا نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق وان شهد رجل
وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت
اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية
فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة
اسداس عند ابي حنيفة رح وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن
وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن عليه السلام في نقصان عقلهن
عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال
ثم رجعوا وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين
لما ذكرنا ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة
ليست بشهادة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم **قال** وان شهد شاهدان
على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا اذا شهدا باقل

من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعي
المماثلة علي ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك
ابانة لخطر المحل وكذلك ان شهدا علي رجل تزوج امراة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض
لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا اتلاف وهذا لان مبني الضمان
علي المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وبينه بغير عوض **قال** وان شهدا باكثر من
مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض **قال** وان شهدا ببيع
بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معني نظرا الي العوض وان كان
باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون
البيع باتا او فيه خيار البائع لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه
فانضاف التلف اليهم وان شهدا علي رجل انه طلق امراته قبل الدخول بها ثم رجعا
ضمنا نصف مهر المثل لانهما اكدا ضمانا علي شرف السقوط الا يري انها لو طاوعت ابن الزوج
او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معني الفسخ فيوجب سقوط
جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما وان
شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا مالية العبد عليه بغير عوض والولاء
للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء وان شهدا بقصاص
ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعي رح يقتص منهما لوجود
القتل تسبيبا فاشبه المكره بل اولي لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة
لم يوجد وكذا تسبيبا لان التسبيب ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب بخلاف
المكره لانه يؤثر حياته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا اقل من الشبهة
وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف **قال**
واذا رجع شهود الفرع ضمنوا لان الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلف
مضافا اليهم ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع علي شهادتنا
فلا ضمان عليهم لانهم انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضاء لانه خبر محتمل فصار
كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد
وعند ابي حنيفة وابي يوسف رح لا ضمان عليهم لان القضاء وقع بشهادة الفروع لان القاضي
يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار
كانهم حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا فعندهما يجب الضمان علي الفروع
لا غير لان القضاء وقع بشهادتهم وعند محمد رح المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن
الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكر

ذكر او بشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهم
في التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في شهادتهم لم يلتفت
الي ذلك لان ما امضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم
انما شهدوا علي غيرهم بالرجوع **قال** وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا علي الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال
للشهادة اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت في معني علة العلة بخلاف شهود
الاحصان لانه شرط محض **قال** واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط
ثم رجعوا فالضمان علي شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف يضاف الي مثبتي
السبب دون الشرط المحض الا يري ان القاضي يقضي بشهادة اليمين دون شهادة
الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعني المسالة يمين العتاق
والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

قال كل عقد جاز ان يعقده الانسان
بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه علي اعتبار بعض
الاحوال فيحتاج الي ان يوكل غيره فيكون بسبيل منه دفعا للحاجة وقد صح ان النبي عم
وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن ام سلمة **قال** ويجوز الوكالة بالخصومة
في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي الي وجوه الخصومات وقد
صح ان عليا رض وكل عقيلا رض وبعدما اسن عبد الله بن جعفر وكذا بايفائها
واستيفائها الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة
الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر
للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة
لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب
الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرنا قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح لا يجوز
الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد مع ابي حنيفة رح
وقيل مع ابي يوسف وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل
ينتقل الي الموكل حال حضوره له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب
كما في الشهادة علي الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رح ان الخصومة شرط محض
لان الوجوب مضاف الي الجناية والظهور الي الشهادة فيجري فيه التوكيل كما في سائر
الحقوق وعلي هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان
الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر
وقال ابو حنيفة رح لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا

او غائبا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضا الخصم وهو قول
الشافعي ولا خلاف في الجواز انما الاختلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص
حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق على الخصم
ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف
على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان
الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد
السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور
مجلس الحاكم قال الرازي رح يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها
لحيائها فيلزم توكيلها قال رض وهذا شيء استحسنه المتأخرون قال ومن شرط الوكالة
ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل
فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد
ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان
صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما
جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل العبارة وان وكل صبيا محجورا عليه
يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق
بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا يرى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد
من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا
في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة اما الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده
فتلزم الموكل وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي او محجور
له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه
يتخير كما اذا اطلع على عيب **قال** والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين
كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل
دون الموكل وقال الشافعي رح تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف
والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه وصار كالرسول والوكيل بالنكاح
ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه
آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك
كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا في الحقوق فتتعلق به ولهذا قال في الكتاب يسلم
المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم
في العيب ويخاصم فيه لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا

اعتبارا للتوكيل السابق كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح قال رضي الله عنه
وفي مسألة العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى **قال** وكل عقد يضيفه الى موكله
كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل
فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير
محض الا يرى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه
كان النكاح له فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه
اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا
والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فاما الصلح
الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق و
الاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض
وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس وكذا
الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل
بخلاف الرسالة فيه **قال** واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي
عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق الى العاقد فلو دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان
يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل اليه ولا فائدة في الاخذ
منه ثم في الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له
عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل دون الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان
يقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رح لما انه يملك الابراء عندهما ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء فصل في الشراء

ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير
الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت
لانه فوض الامر الى رأيه فاي شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل ان الجهالة اليسيرة
تتحمل في الوكالة كجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة
وفي اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا او ما هو
في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل
جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا
ببيان الثمن او النوع لانه بتقدير الثمن يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة
فلا يمتنع الامتثال مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان
بين النوع كالتركي والحبشي والسندي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا

ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة الجودة والرداءة والوسطة جاز لانه جهالة
مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير ومن قال
اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة
اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع
اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته
مهرا وكذا الدار تشمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف
الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال قال وان سمى
ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة
بان قال حمارا ونحوه قال ومن دفع الى اخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة
ودقيقها والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل
اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر
مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم
فعلى الحنطة وان قلت فعلى الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق قال واذا
اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق
العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان
فيه ابطال يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى
دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل بعقد الصرف
والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل بالاسلام
دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن
لغيره وهذا لا يجوز وان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق
من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد
وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه
بخلاف الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول
قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله
ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان
ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشترى للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه ولان الحقوق
لما كانت اليه وقد علمه الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل حبسه
هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبسه يصير الموكل قابضا
بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البايع من الموكل وقال زفر ليس

له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن
التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم
يحبسه ولنفسه عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رحمه الله وضمان
المبيع عند محمد رحمه الله وهو قول ابي حنيفة وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لانه منع بغير حق لهما انه
بمنزلة البايع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف رحمه الله انه مضمون
بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه
وهنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب
ورضي الوكيل به قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا
بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة
وقالا يلزمه العشرون وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد لم يذكر
الخلاف في الاصل لابي يوسف انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره عشرة ارطال فاذا
اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين
ولابي حنيفة رحمه الله انه امره بشراء عشرة ولم يامره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء
العشرة على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف
ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع
لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الامر قال ولو وكله بشراء شيء
بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الامر حيث اعتمد عليه ولان فيه
عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بحضور الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه
او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب
ثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر الامر فينفذ عليه ولو اشترى
الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رايه فلم يكن مخالفا قال
وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء
للموكل او يشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه هذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم
الامر كان للامر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون النقد من ماله لان
فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق وان اضافه الى دراهم نفسه كان
لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى
دراهم غيره مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للامر فهو للامر
وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للامر في هذا التوكيل وان تكاذبا
في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرناه وان توافقا على انه لم تحضره

النية قال محمد رح هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره
ولم يثبت وعند ابي يوسف رح يحكم النقد لان ما اوقع مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا
فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما
قلناه حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه
الوجوه **قال** ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر
اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المأمور
لان في الوجه الاول اخبر عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر
والقول للمنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو
كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه امين وان لم يكن
منقودا فكذلك عند ابي يوسف رح ومحمد رح لانه يملك استئناف الشراء فلا يتهم في الاخبار
عنه وعند ابي حنيفة رح القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه فاذا رأى
الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه امين فيه فيقبل قوله
تبعا لذلك ولا ثمن في يده ههنا وان كان امره بشراء عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول
للمأمور سواء كان الثمن منقودا او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استئنافه
ولا تهمة فيه لان الوكيل بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال
غيبته على ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرناه لابي حنيفة رح ومن قال لآخر بعني هذا العبد
لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره ثم جاء فلان وقال انا امرته فان فلانا يأخذه لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة
عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق وان قال فلان لم آمره لم يكن ذلك له لان الاقرار يرتد برده **قال**
الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى
لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له ودلت المسألة على ان التسليم على وجه البيع
يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس لاستتمام
التراضي وهو المعتبر في الباب **قال** ومن امر رجلا بان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له
ثمنا فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع الا
فيما يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو امره بان يشتريهما
بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان
اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين
دلالة فكان آمرا بشراء كل واحد بخمسمائة ثم الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير
وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف
قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين

العبدين وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها وقال ابو يوسف ومحمد رح
ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف
ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلناه لكن
لا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر **قال** ومن له على آخر
الف فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين البائع
ولو عين البائع يجوز على ما نذكره ان شاء الله تعالى وان امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه
فاشتراه فمات في يده قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري وان قبضه الآمر فهو له
وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور وعلى هذا
اذا امره ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات
دينا كانت او عينا الا يرى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل
العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيصح التوكيل ويلزم الآمر لان يد الوكيل
كيده ولابي حنيفة رح انها تتعين في الوكالات الا يرى انه لو قيد الوكالة بالعين منها
او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين بطلت الوكالة واذا تعينت
كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين من غير ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا
اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك
باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه
في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله تعالى وهو معلوم واذا
لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه لانعقاد
البيع تعاطيا **قال** ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها
فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور بالف فالقول قول المأمور ومراده
اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان
خمسمائة وهو ينكر فان كانت تساوي خمسمائة فالقول للآمر لانه خالف حيث اشترى جارية
تساوي خمسمائة والامر تناول ما يساوي الفا فيضمن **قال** وان لم يكن دفع اليه الالف
فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت قيمتها الفا فمعناه
انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف
في الثمن وموجبه التحالف ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فتلزم الجارية المأمور
قال ولو امره ان يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر
اشتريته بخمسمائة وقال المأمور بالف وصدق البائع المأمور فالقول قوله مع يمينه
قيل لا تحالف ههنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسألة الاولى

هو غايب فاعتبر الاضافة وقيل يتحالفان لما ذكرنا وقد ذكرنا في مختلف بين التحالف وهو يجري
بين البايع والبايع بعد استيفاء الثمن لجنبي عنها وقبله اجنبي عن الموكل اذا لم يجر
بينهما عقد فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور الماتريدي
رحمه الله عليه وهو الظاهر

فصل في التوكيل لشراء نفس العبد

قال واذا قال العبد
لرجل اشتر لي نفسي من المولى بالف ودفعها اليه فان قال للمولى اشتريته لنفسه فباعه
على هذا فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه
قبول الاعتاق ببدل والمامور سفير عنه اذ لا يرجع عليه الحقوق فصار كانه اشترى
بنفسه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء وان لم يعينه للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ
حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يعينه فيحافظ عليها بخلاف شراء العبد نفسه
لان المجاز فيه متعين واذا كان معاوضة يثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده
وعلى المشتري الف مثله ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشراء
العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقد هناك على نمط واحد وفي الحالين
للمطالبة تتوجه نحو العاقد اما هنا احدهما اعتاق معقب للولاء ولا مطالبة على
الوكيل والمولى عسى لا يرضاه ويرغب في المعاوضة فلا بد من البيان ومن قال لعبده
اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للامر لان العبد
يصلح وكيلا عن غيره في شراء نفسه لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث
انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك البايع الحبس بعد البيع فاذا اضافه الى
الامر صلح فعله امتثالا فيقع العقد للامر وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي
به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشراء معين ولكنه اتى بجنس تصرف
اخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان
المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فبقي واقعا لنفسه

فصل في البيع

والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا تقبل شهادته له
عند ابي حنيفة وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل
مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه
لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز
وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول
الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف
على هذا الخلاف والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة
وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير

لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف
البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة
ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه وكذا المقايضة بيع من وجه شراء
من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع ولهذا لا يملكه الاب والوصي وله ان التوكيل بالبيع
مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن وبالعين الفاحش
متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل ممنوعة على قول
ابي حنيفة على ما هو المروي عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث به
غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية ولا نظر فيه والمقايضة شراء
من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن
الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس فيه لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه
لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه قالوا
ينفذ على الامر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه امراة باكثر
من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا تتمكن هذه التهمة
وكذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد والذي لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم
المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقار ده دوازده
لان التصرف يكثر وجوده في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة
الغبن لقلة التصرف واذا وكله ببيع عبده فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة لان اللفظ
مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده
فاذا باع النصف اولى وقالا لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان
يبيع النصف الاخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بان
لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين
انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما
وان وكله بشراء عبد فاشترى نصفه فالشراء موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل
لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى
شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الامر البيع تبين انه وقع وسيلة
فينفذ على الامر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة ان في الشراء تتحقق التهمة
على ما مر وان الامر في البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء
صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق ومن امر رجلا ببيع عبده
فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده عليه المشتري بعيب لا يحدث مثله بقضاء

القاضي ببينة او باباء يمين او باقرار فانه يرده على الآمر لان القاضي تيقن بحدوث
العيب في يد البايع فلم يكن مستندا الى هذه الحجج وتاويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي
يعلم انه لا يحدث في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى الحجج لظهور
التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه
الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر
لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة وكذلك ان
رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في
النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فلزم الآمر فان كان ذلك باقرار
لزم المامور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا
ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث
مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بايعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبايع ثالثهما والرد
بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ
كان له ان يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله
والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لانها فعل غير ما يفعله
القاضي لان الرد بغير قضاء بالقوله متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم
لما ذكرناه والحق وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين
الرد وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا ومن قال لآخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته
بنسيئة وقال المأمور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الآمر لان الامر يستفاد
من جهته ولا دلالة على الاطلاق وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول
المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة
فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب
في نوع آخر حيث يكون القول قول رب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل
الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظمه نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند
ابي حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم ومن امر رجلا ببيع عبده
فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه
لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة
لجانب الاستيفاء فيملكها بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في
قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل
حجره عنه **فصل** فاذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا

في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير ذلك لان الموكل رضي برأيهما لا
برأي احدهما والبدل وان كان مقدرا ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة
واختيار المشتري الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر للافضاء الى الشغب
في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة او بطلاق زوجته بغير عوض
او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة او بقضاء دين عليه لان هذه الاشياء
لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف
ما اذا قال لهما طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى
انه تمليك مقتصر على المجلس ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما وليس للوكيل
ان يوكل فيما وكل به لانه فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس
متفاوتون في الآراء **قال** الا ان ياذن له الموكل لوجود الرضا او يقول له اعمل برأيك
لاطلاق التفويض الى رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى
لا يملك الاول عزله ولا ينعزل بموته وينعزل بموتهما وقد مر نظيره في ادب
القاضي فان وكل بغير اذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لان المقصود حضور رأي الاول
وقد حضر وتكلموا في حقوقه وان عقد في حال غيبته لم يجز لانه فات رأيه الا ان يبلغه
فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه لانه حضره رأيه ولو قدر الاول الثمن
للثاني فعقد بغيبته يجوز لان الرأي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل
وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما مع تقدير الثمن ظهر
ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما قلناه اما اذا لم يقدر الثمن
وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن واذا زوج المكاتب
او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها لم يجز معناه
التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا ترى ان المرقوق لا يملك انكاح
نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته
عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق معنى
النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض اليهما قال
ابو يوسف ومحمد المرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي
فاولى ان يسلب الولاية واما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف
على ولده ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي مترددة
ثم تستقر جهة الانقطاع اذا قتل على الردة فيبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل كان
مسلما فيصح **باب الوكالة بالخصومة والقبض** الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا

لأن زفر رحمه الله يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا أن من ملك
شيئاً ملك إتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر
لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل
بالتقاضي يملك القبض على أصل الرواية لأنه في معناه وضعاً إلا أن العرف بخلافه وهو
قاض على الوضع والفتوى على أن لا يملك فإن كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان إلا معاً
لأنه رضي بأمانتهما لا بأمانة أحدهما واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر والوكيل
بقبض الدين يكون وكيلاً بالخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لو أقيمت عليه البينة على
استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصماً وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة
لأن القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا
بالقبض رضاً بها ولأبي حنيفة أنه وكله بالتملك لأن الديون تقضى بأمثالها إذ قبض
الدين نفسه لا يتصور إلا أنه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فأشبه الوكيل بأخذ
الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه أشبه بأخذ الشفعة
حتى يكون خصماً قبل القبض كما يكون خصماً قبل الأخذ هنالك والوكيل بالشراء لا يكون خصماً
قبل مباشرة الشراء وهذا لأن المبادلة تقتضي حقوقاً وهو أصيل فيها فيكون خصماً
فيها والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلاً بالخصومة لأنه أمين محض والقبض ليس بمبادلة
فأشبه الرسول حتى أن من وكل وكيلاً بقبض عبد له فأقام الذي هو في يده البينة
أن الموكل باعه إياه وقف الأمر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان والقياس أن يدفع
إلى الوكيل لأن البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه الاستحسان أنه خصم في قصر يده
لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على
البيع وصار كما إذا أقام البينة على الوكيل أن الموكل عزله عن ذلك فإنها تقبل في قصر يده كذا هذا قال
وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه إذا أقامت المرأة البينة على الطلاق والعبد
والأمة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب استحساناً دون
العتق والطلاق وإذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز إقراره عليه
ولا يجوز عند غير القاضي عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحساناً إلا أنه يخرج من الوكالة
وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز إقراره عليه وإن أقر في غير مجلس القضاء وقال زفر والشافعي
لا يجوز في الوجهين وهو قول أبي يوسف أولاً وهو القياس لأنه مأمور بالخصومة وهي
منازعة والإقرار يضاده لأنه مسالمة والأمر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك
الصلح والإبراء ويصح إذا استثنى الإقرار وكذلك لو وكله بالجواب مطلقاً يتقيد بجواب
هو خصومة ولهذا يختار فيها الأهدى فالأهدى وجه الاستحسان أن التوكيل صحيح قطعاً

قطعاً وصحته بتناوله ما يملكه قطعاً وذلك مطلق الجواب دون أحدهما عيناً وطريق المجاز
موجود على ما نبينه إن شاء الله تعالى فيصرف إليه تحرياً للصحة قطعاً ولو استثنى الإقرار
فعن أبي يوسف أنه لا يصح لأنه لا يملكه وعن محمد أنه يصح لأن للتنصيص زيادة دلالة على ملكه
إياه وعند الإطلاق يحمل على الأولى وعنه أنه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني
لكونه مجبوراً عليه ويتخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول أبو يوسف الوكيل قائم مقام
الموكل وإقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا إقرار نائبه وهما يقولان إن التوكيل يتناول
جواباً يسمى خصومة حقيقة أو مجازاً والإقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً
إما لأنه خرج في مقابلة الخصومة أو لأنه سبب له لأن الظاهر إتيانه بالمستحق وهو الجواب
في مجلس القضاء فيختص به لكن إذا أقيمت البينة على إقراره في غير مجلس القضاء يخرج عن الوكالة
حتى لا يؤمر بدفع المال إليه لأنه صار مناقضاً وصار كالأب والوصي إذا أقر في مجلس القضاء لا يصح
ولا يدفع المال إليه ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه على الغريم لم يكن
وكيلاً في ذلك أبداً لأن الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملاً لنفسه في إبراء ذمته
فانعدم الركن ولأن قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أميناً ولو صححناها لا يقبل لكونه مبرئاً نفسه
فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون أعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب
العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلاً لما بيناه ومن ادعى
أنه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم أمر بتسليم الدين إليه لأنه إقرار على نفسه
لأن ما يقبضه خالص ملكه فإن حضر الغائب فصدقه وإلا دفع إليه الغريم الدين
ثانياً لأنه لم يثبت الاستيفاء حيث أنكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه
فيفسد الأداء ويرجع به على الوكيل إن كان باقياً في يده لأن غرضه من ذلك الدفع براءة ذمته
ولم يحصل فله أن ينقض قبضه وإن كان ضاع في يده لم يرجع عليه لأنه بتصديقه اعترف
أنه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الأخذ والمظلوم لا يظلم غيره قال إلا أن يكون
ضمنه عند الدفع لأن المأخوذ ثانياً مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة أضيفت إلى حالة
القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة
ودفعه إليه على ادعائه فإن رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل لأنه لم يصدقه
في الوكالة وإنما دفعه إليه على رجاء الإجازة فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا إذا دفعه
إليه على تكذيبه إياه في الوكالة وهذا أظهر لما قلنا وفي الوجوه كلها ليس له أن يسترد
المدفوع حتى يحضر الغائب لأن المؤدى صار حقاً للغائب إما ظاهراً أو محتملاً فصار كما
إذا دفعه إلى فضولي على رجاء الإجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الإجازة ولأن
من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس عن غرضه ومن قال إني وكيل

في قبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه اقر له بمال الغير بخلاف الدين
على ما مر ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا له ولا وارث له غيره وصدقه المودع
امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى
الوديعة من صاحبها وصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك
الغير لانه من اهله فلا يصدق في دعوى البيع عليه وان وكل وكيلا بقبض مال فادعى
الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت
والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية
لجانبه ولا يستحلف الوكيل لانه نايب وان وكله بعيب في جارية وادعى البايع رضى المشتري
لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد
ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله وفي الثانية غير ممكن لان القضاء بالفسخ
ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة رح كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري
عنده بعد ذلك فانه لا يفيد فاما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين
ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف رح
ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير
دعوى البايع فينتظر للنظر ومن دفع الى رجل عشرة دراهم ينفقها على اهله فانفق
عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشرى
والحكم فيه على ما ذكرنا وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس
ليس له ذلك ويصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس
بشرى فاما الانفاق يتضمن الشرى فلا يدخلانه

باب عزل الوكيل

وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله ان يبطله الا اذا تعلق به حق
الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار
كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز
حتى يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع الحقوق
اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح
وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط العدد والعدالة في المخبر فلا نعيده وتبطل
الوكالة بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف
غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض
وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف رح
اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس

فصار كالميت وقال محمد رح حولا كاملا لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا قالوا الحكم
المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ
وان قتل او لحق بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان
يموت او يقتل على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر في السير وان كان الموكل امرأة فارتدت فالوكيل
على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف
واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان فافترقا فهذه الوجوه تبطل
الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر
والعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم
كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل واذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة
لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته فان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود
مسلما قال رض وهذا عند محمد فاما عند ابي يوسف رح لا تعود الوكالة لمحمد ان الوكالة اطلاق
لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين
فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا ولابي يوسف انه اثبات ولاية التنفيذ لانه
لا ولاية من يعمل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات فبطلت الولاية
فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود
الوكالة في الظاهر وعن محمد انها تعود كما قال في الوكيل والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة
في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق ومن وكل
آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان
يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امرأة
ثلثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما تصرف بنفسه تعذر
على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان
يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوجها
الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب بقضاء
قاض فعن ابي يوسف انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له من التصرف
فصار كالعزل وقال محمد له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز
قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار
في الرجوع فكان ذلك دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل
زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة اذا تركها
ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ
فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج
والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر
والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح
لكن الشان في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا لان الاعتبار للمعاني
دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول قوله مع اليمين وان
كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان ولا يقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما
في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام
في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها
بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك
بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى
وجوب الحضور وعلى هذا القضاة من اخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد
حضوره ولزوم احضار العين المدعى لما قلنا واليمين اذا انكره وسنذكره ان شاء الله
قال وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما لان العين لا تعرف
بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال الفقيه ابو الليث
يشترط مع بيان القيمة ذكر الذكورة والانوثة وان ادعى عقارا حدده وذكر انه
في يد المدعى عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل
فيصار الى التحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء
اصحاب الحدود الاربعة وانسابهم ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به
عند ابي حنيفة على ما عرف هو الصحيح ولو كان الرجل معروفا يكتفى بذكره فان
ذكر ثلاثة من الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط
في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى
يشترط في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه
لانه انما ينتصب خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق
المدعى عليه انه في يده بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح
نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه
مشاهدة وقوله وانه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل
ان يكون مرهونا في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال

وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول بغير حق قال وان كان حقا في الذمة ذكر انه
يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد
من تعريفه بالوصف لانه يعرف به قال واذا صحت الدعوى سال المدعى عليه عنها
لينكشف وجه الحكم فيه فان اعترف قضى عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه فيامره
بالخروج عنه وان انكر سال المدعي البينة لقوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك
يمينه سال ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف قال
فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه
استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان اليمين حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام

باب اليمين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة معناه حاضرة
في المصر وقال ابو يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف فاذا طالبه
يجيبه ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا
فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومحمد مع ابي يوسف
فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي قال ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام
البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان
على المنكرين وليس وراء الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي ولا تقبل بينة صاحب اليد
في الملك المطلق وبينة الخارج اولى وقال الشافعي يقضي ببينة ذي اليد لاعتضادها
باليد فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق
والاستيلاد والتدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا لان قدر ما اثبته
اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل
عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى الولاء الثابت بها قال واذا نكل المدعى عليه
عن اليمين قضى عليه بالنكول والزمه ما ادعي عليه وقال الشافعي لا يقضي به
بل يرد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضي به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين
الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال
ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا
اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا
الجانب ولا وجه لرد اليمين على ما قدمناه وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك
اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه بالحكم
اذ هو موضع الخفاء قال واذا كرر العرض عليه ثلاث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار

وهذا التكرار ذكره الخصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما المذهب
انه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قدمنا هو الصحيح والاول اولى ثم النكول
قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم
انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح قال وان ثبت الدعوى نكاحا ثم لم يستحلف المنكر
عند ابي حنيفة ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد
والنسب والولاء والحدود واللعان وقالا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود واللعان
وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا ابني منه وانكر المولى
لانه لو ادعى المولى ثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها لهما ان النكول
اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار
يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان
في معنى الحد ولابي حنيفة انه بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله
باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف
القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد
المأذون بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه
حقا لنفسه والبذل معناه ههنا ترك المنع وامر المال هين قال ويستحلف السارق
فان نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول والقطع
ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليها رجل وامرأتان قال واذا ادعت المرأة طلاقا
قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف
يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت
هي الصداق لان ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في
النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع في الهبة
لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت
باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواها الابن
تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما قال ومن ادعى قصاصا على غيره
فجحده استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان
نكل في النفس حبس حتى يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة وقالا لزمه الارش فيهما
لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا
اذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطأ والولي يدعي العمد
ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الانفس

فانه لو قال اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان وهذا اعمال للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة
وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع
واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة قال
واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل للخصم اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا يغيب
نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل
بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه
وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله
فيصح التكفيل باحضاره والتقدير بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة وهو الصحيح
ولا فرق في الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من قوله
لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي
غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال فان فعل والا امر بملازمته كيلا يذهب حقه الا
ان يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا مقدار المجلس فالاستثناء
منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به بمنعه عن السفر
ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في الحجر فصل في كيفية
اليمين والاستحلاف واليمين بالله تعالى دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف
بالله او ليذر وقال عليه السلام من حلف بغير الله فقد اشرك ويؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ
وذلك مثل قوله قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم
الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي
ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وللقاضي ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان ينقص منه
الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين واحدة فانه لو قال والله والرحمن
والرحيم يكون ايمانا ثلاثا ويحذف الواو من الاوصاف ويجعلها واحدة والقاضي بالخيار
ان شاء غلظ وان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف
بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال ولا
يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي
ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الامتناع بسبب الحلف
بالطلاق قال ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام
والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عليه السلام لقوله عليه السلام لابن صوريا الاعور انشدك
بالله الذي انزل التوراة على موسى عليه السلام ان حكم الزنا في كتابكم هذا ولان اليهودي يعتقد
نبوة موسى عليه السلام والنصراني يعتقد نبوة عيسى عليه السلام فيغلظ على كل واحد منهما بذكر

المتوكل على غيره ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل ويروى
عن ابي حنيفة في النوادر انه لا يستحلف احد الا بالله خالصا وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير
اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار بعض مشايخنا لان في ذكر النار مع اسم الله تعالى
تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله تعالى معظمة والوثني لا يحلف الا بالله
لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله
قال ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لان القاضي لا يحضرها بل هو ممنوع عن ذلك قال ولا يجب
تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون
ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع لا سيما
اذا لم يتوقف استيفاء المستحق عليه وهو اليمين قال ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده
بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لانه قد
يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يستحلف
بالله ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما
نكاح قائم في الحال لانه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك
الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقتها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة
فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر به المدعى عليه
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب
الا اذا عرض المدعى عليه بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه ان
انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو الاصل عندهما
اذا كان سببا يرتفع الا اذا كان فيه ترك النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع
وذلك مثل ان تدعي مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة بالجوار
والمشتري لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر
في حق المدعي وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم
اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لانه يكرر الرق عليها بالردة
واللحاق وعليه بنقض العهد واللحاق ولا يكرر على العبد المسلم قال ومن ورث عبدا
فادعاه اخر استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له
او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب لثبوت الملك وضعا
وكذا الهبة ومن ادعى على اخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة دراهم فهو جائز
وهو ماثور عن عثمان رض وليس له ان يستحلف على تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

واذا اختلف المتبايعان في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع
بقدر من المبيع وادعى المشتري اكثر منه واقام احدهما البينة قضي له بها لان في الجانب
الاخر مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت البينة
المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن
والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة
الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه
البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري من المبيع والا فسخنا
البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما
يتراضيان فان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الاخر وهذا التحالف
قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكرها والمشتري
يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره فكل واحد منهما منكر فيحلف فاما بعد
القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا لان المبيع سالم له فبقي دعوى
البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكرها فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو
قوله عم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا **قال**
ويبتدئ بيمين المشتري وهذا قول محمد وابي يوسف رح اخرا وهو رواية عن ابي حنيفة
هو الصحيح لان المشتري اشدهما انكارا لانه يطالب اولا بالثمن ولانه يتعجل فائدة
النكول وهو الزام الثمن ولو بدأ بيمين البائع يتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى
زمان استيفاء الثمن وكان ابو يوسف رح يقول اولا يبدأ بيمين البائع لقوله عم
اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر واقل فائدته التقديم
وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدأ القاضي بيمين ايهما شاء لاستوائهما وصفة
اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين
وقال في الزيادات يحلف بالله ما باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله
ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تاكيدا والاصح الاقتصار
على النفي لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم ولا علمتم له
قاتلا **قال** فان حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على انه لا ينفسخ بنفس التحالف
لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة
او يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في البيع الفاسد
قال وان نكل احدهما عن اليمين لزمه دعوى الاخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه
معارضا لدعوى الاخر فلزم القول بثبوته **قال** وان اختلفا في الاجل او شرط الخيار

او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه
والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل ما به قوام
العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في
جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك
الاجل لانه ليس بوصف الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه **قال** والقول قول من
ينكر الخيار والاجل مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول للمنكر في العوارض **قال**
فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول المشتري
وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي وعلى هذا
اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما ان كل واحد منهما
يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والاخر ينكره وانه يفيد دفع زيادة الثمن
فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة ولابي حنيفة وابي يوسف
ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد
الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها
لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب بعد حصول
المقصود وانما يراعى من الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع زيادة الثمن
ليست من موجباته وهذا اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد
الجانبين قائم فيتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن له
مثل **قال** وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رح الا ان
يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع
يمينه عند ابي حنيفة رح الا ان يشاء البائع ان ياخذ الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف
يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول قول المشتري في قيمة الهالك
وقال محمد رح يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع
التحالف عنده فهلاك البعض اولى ولابي يوسف رح ان امتناع التحالف للهلاك
فيتقدر بقدره ولابي حنيفة ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي
اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف في القائم
الا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي
الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك
اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان
هذا تخريج بعض المشايخ ومصرف الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان

المراد بقوله في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له معناه لا ياخذ من ثمن الهالك
شيئا اصلا وقال بعض المشايخ ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا ياخذ
الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف لانه
لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف
على قول محمد ما بيناه في القائم واذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى احدهما الفسخ او كلاهما
يفسخ العقد بينهما ويامر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في
تفسيره على قول ابي يوسف والصحيح انه يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع
فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي
يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى المشتري وان حلف يفسخان البيع في القائم
ويسقط حصته من الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام
يوم القبض وان اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول قول البائع وايهما اقام
البينة تقبل بينته وان اقاماها فبينة البائع اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع
الاصل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الاخر عنده يجب عليه
ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فان اختلفا
في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي
زيادة السقوط بدعوى النقصان في قيمة الهالك والبائع ينكره والقول للمنكر
وان اقاما البينة فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة
في قيمة الهالك وهذا لنفقه وهو ان في الايمان يعتبر الحقيقة لانها تتوجه على احد
العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة وفي
البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعرفان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما
والبائع مدعي ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر
وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف **قال** ومن اشترى جارية وقبضها
ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع الاول ونحن ما اثبتنا
التحالف فيه بالنص لانه ورد في البيع المطلق والاقالة فسخ في حق المتعاقدين
وانما اثبتناه بالقياس لان المسئلة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه
على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد و
القيمة على العين فيما اذا استهلكه غير المشتري ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة
فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف رح خلافا لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد
القبض ايضا **قال** ومن اسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في
الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل
النقض لانه اسقاط فلا يعود السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان راس

مال المسلم لا كان عرضاً فرده بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان
ذلك في بيع العين يعود البيع دل على الفرق بينهما **قال** واذا اختلف الزوجان في المهر
فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجني بالفين فايهما اقام البينة تقبل بينته
لانه نوّر دعواه بالحجة وان اقاما البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة
معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته المرأة وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله
ولا يفسخ النكاح لان اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر
تابع فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فان
كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان الظاهر شاهد له وان كان
مثل ما ادعته المرأة او اكثر قضي بما ادعته المرأة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف
الزوج واقل مما ادعته المرأة قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر
المثل ولا الحط عنه قال رضي الله عنه ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي لان
مهر المثل لا اعتبار له مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في
الوجوه كلها ويبدأ بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد رح تعجيلا لفائدة النكول كما في
المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف
ابي يوسف فلا نعيده ولو ادعى الزوج النكاح على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه
الجارية فهو كالمسألة المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها
قيمتها دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة وان اختلفا
في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل
لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة
نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فان وقع الاختلاف في الاجرة
بدأ بيمين المستأجر لانه منكر لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة بدأ بيمين المؤجر
وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت ولو اقاماها فبينة المؤجر اولى
ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع فبينة المستأجر وان كان فيهما قبلت بينة
كل واحد منهما فيما يدعيه من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستأجر شهرين بخمسة
يقضى بشهرين بعشرة **قال** ولو اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول
قول المستأجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف
عندهما وكذا على اصل محمد رح لان الهلاك انما يمنع عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه
فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هاهنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها
بل بالعقد وتبين انه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه
وان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان
القول في الماضي قول المستأجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة فيصير في كل جزء من

من المنفعة كانه ابتداء العقد عليها بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر
في البعض تعذر في الكل **قال** واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند
ابي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل
الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي
استحقاق العتق عليه عند اداء المقدار الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا
اختلفا في الثمن ولابي حنيفة رح ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف للحال
وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا للعتق عند الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا
في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان **قال** واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح
للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء كالوقاية فهو للمرأة
لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج
والقول في الدعاوي لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق
بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعدما وقعت الفرقة فان مات احدهما
واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون
الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يدفع الى المرأة ما يجهز
مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به
ظاهر الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام
الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة
وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة والطلاق والموت سواء لقيام
الوارث مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع للحر في حال الحياة لان يد الحر
اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رح
وقالا العبد المأذون له والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات والله اعلم

فصل فيمن لا يكون خصما قال

واذا قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه عندي او غصبته منه
واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه واقام البينة
لانه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع لانه تعذر اثبات
قاضي بغداد
الملك للغائب لعدم الخصم عنه ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان
ثبوت الملك للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت
وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بيناه من قبل ولا تندفع بدون اقامة
البينة كما قال ابن ابي ليلى لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا

مستحقا على نفسه فلا يصلح دافعا بالحجة كما اذا ادعى تحويل الدين من ذمته الى ذمة غيره
قال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع
عنه الخصومة لان المحتال من الناس قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه
الشهود فيحتال لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود
اودعه رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي
ولانه ما احاله الى معين يمكن المدعي اتباعه فلو اندفعت لتضرر به المدعي ولو
قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رح للوجه الثاني
وعند ابي حنيفة رح تندفع لانه اثبت ببينة ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث
عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم يكن بد من خصومة وهو المقصود
والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اضره شهوده وهذه المسئلة
مخمسة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة بتوفيقه انتهيت قال وان قال
ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف بكونه خصما فان
قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة
على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى الملك
المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد و
يصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان
واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو استحسان
وقال محمد رح تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني على ما لم
يسم فاعله وهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي
في يده الا انه لم يعينه درءا للحد شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار
كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه فان قال
المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذلك اسقط الخصومة
بغير بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصولها الى يد ذي اليد
من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت
ببينة كونه احق بامساكها

باب ما يدعيه الرجلان

قال واذا ادعى اثنان عينا
في يد اخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي
في قول تهاترتا وفي قول له يقرع بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة
اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فتتهاتران او يصار الى القرعة
لانه عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة ان

ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة واقام كل واحد منهما
البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ ولان المطلق
للشهادة في حق كل واحد منهما يحتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك
والاخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف
اذ المحل يقبله وانما ينتصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال وان
ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر
العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما
لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا اذا لم توقت البينتان فاما
اذا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة
فهي امرأته لتصادقهما وان اقام الاخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار
ولو تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى
الاخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض
بما هو مثله بل هو دونه الا ان يوقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطأ في الاول
بيقين وكذا اذا كانت المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا تقبل بينة الخارج الا
على وجه السبق قال ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد
معناه من صاحب اليد واقام بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد
بنصف الثمن وان شاء ترك لانه تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في تملك الكل
فيرده ويأخذ كل الثمن وان قضى القاضي به بينهما فقال احدهما لا اختار لم
يكن للاخر ان يأخذ جميعه لانه صار مقضيا عليه بالنصف فانفسخ البيع فيه
لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل قضاء القاضي
حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم ينفسخ سببه ولو ذكر كل واحد منهما
تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه احد فاندفع الاخر
به ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك
الوقت واحتمل الاخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا
تاريخا ومع احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل
على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا ينقض اليد الثابتة بالشك
وكذا اذا ذكر الاخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد
لان الصريح يفوق الدلالة قال وان ادعى احدهما شراء والاخر هبة وقبضا
معناه من واحد واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه

معاوضة من الجانبين ولانه يثبت به الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض
وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة مع القبض سواء
حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح
بمعنى قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتمله عند البعض لان الشيوع
طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في المشاع قال واذا ادعى احد الشراء
وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت
الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف رح وقال محمد رح الشراء اولى ولها على الزوج القيمة
لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين مملوك للغير صحيح وتجب قيمته
عند تعذر تسليمه وان ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما بينة
فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته
وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان
اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانها بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت
الملك صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكذا الهبة بشرط
العوض وان اقام الخارجان البينة على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه
اثبت انه اول المالكين فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه ولو ادعيا الشراء من واحد
معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت
لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء
لانهما يثبتان الملك لبائعيهما فيصير كأنهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل
ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى قضي بينهما نصفين لان توقيت
احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع واحدا
لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا يحكم به حتى يتبين
انه تقدمه شراء غيره ولو ادعى احدهما الشراء من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره
والثالث الميراث من ابيه والرابع الصدقة والقبض من آخر قضي بينهم ارباعا لانهم
يتلقون الملك من باعتهم فيجعل كأنهم حضروا واقاموا البينة على الملك المطلق قال
وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وهو رواية عن محمد رح وعنه انه لا تقبل بينة ذي اليد
رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم تتعرضا لجهة الملك فكان التقدم
والتأخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت
لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على

الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بينا ولو اقام الخارج
وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت احداهما دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد
الخارج اولى وقال ابو يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه اقدم
وصار كما في دعوى الشراء اذا ارخت احداهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما ان بينة ذي
اليد انما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع هنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته
وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء
عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح الذي وقت اولى وقال محمد رح الذي اطلق اولى لانه
ادعى اولية الملك بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على بعض ولابي يوسف رح
ان التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية والترجيح
باليقين ولابي حنيفة رح ان التاريخ يضامه احتمال عدم التقدم فسقط اعتباره
فصار كما لو اقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب
الاوقات فيترجح جانب صاحب التاريخ قال وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد
منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى لان البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد
فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح خلافا لما يقوله
عيسى بن ابان رح انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء ولو تلقى كل واحد
منهما الملك من رجل واقام البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة اقامتها على النتاج
في يد نفسه ولو اقام احدهما البينة على الملك والآخر على النتاج فصاحب النتاج اولى
ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كانت
الدعوى بين خارجين فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضي بالنتاج لصاحب اليد
ثم اقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا
عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل
وينقض القضاء لانه بمنزلة النص قال وكذلك النسج في الثياب التي لا تنسج
الا مرة كغزل القطن وكذلك كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى النتاج كحلب
اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف وان كان يتكرر قضي به للخارج
بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب
فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضي به للخارج لان القضاء
ببينته هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال وان
اقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء منه كان صاحب اليد
اولى لان الاول ان كان يدعي اولية الملك فهذا تلقى منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر

بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الاخر ولا تاريخ معهما
تهاترت البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يقضى بالبينتين ويكون للخارج لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد
وقبض ثم باع لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس الامر لان البيع قبل القبض لا يجوز
وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا
على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع كذا هاهنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء
لذي اليد الا بملك مستحق فبقي القضاء بمجرد السبب وانه لا يفيد ثم لو شهدت البينتان
على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا لوجود قبض مضمون من كل جانب
فان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد للوجوب عنده ولو شهد الفريقان
بالبيع والقبض تهاترتا بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين
بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا ووقت الخارج اسبق يقضى
لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو
جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي
على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد لان البيعين جائزان على القولين وان كان
صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع
ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب اخر قال وان اقام احد المدعيين شاهدين
والاخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد
والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل بقوة فيها على ما عرف قال واذا كانت دار في يد رجل
ادعاها اثنان احدهما جميعها والاخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة
ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رح اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب
النصف لا ينازع الاخر في النصف فسلم له بلا منازع واستوت منازعتهما في النصف الاخر
بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب
بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر
واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات قال ولو كانت في ايديهما سلمت
لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف
فيقضى ببينته والنصف الذي في يد صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم
له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده
قال واذا تنازعا في دابة اقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا
وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال يشهد له فيترجح وان اشكل

كانت بينهما لانه يسقط التوقيت وصار كانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة
الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد رح لانه ظهر كذب الفريقين فيترك
في يد من كانت في يده قال واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب
والاخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما

فصل في التنازع بالايدي

واذا تنازعا في دابة
احدهما راكبها والاخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك
وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والاخر رديفه فالراكب اولى بخلاف ما اذا كانا راكبين
حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذلك اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما
فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والاخر متعلق
بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والاخر
متعلق به فهو بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا قال
واذا كان الثوب في يد رجل وطرف منه في يد اخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس
الحجة فلا توجب زيادة في الاستحقاق قال واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن
نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه وان قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي هو في يده
لانه اقر بانه لا يد له حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي هو في يده
لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة المتاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر
وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره قال واذا كان الحائط
لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللاخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال
والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والاخر صاحب تعلق فصار كدابة
تنازعا فيها ولاحدهما حمل عليها وللاخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره
فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على
بعض بناء هذا الحائط وقوله الهرادي ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا
البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما هرادي
وليس للاخر شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما
ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلثة وان كان عليه جذوع لاحدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب
الثلثة وللاخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل
ما بين الخشب بينهما وقيل على قدر خشبتهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر
بالكثرة في نفس الحجة ووجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول
ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير
الا انه يبقى له موضع الجذع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما جذوع

اتصال فالاولى اولى ويروى الثاني اولى لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى وجه الاول ان الحايط يصير باتصال بنايه كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للاخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني قال واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد آخر بيت فالساحة بينهما نصفان لاستوايهما في استعمالها وهو المرور فيها قال واذا ادعى الرجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهدة لتعذر احضارها وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا فلا تستحق لاحدهما من غير حجة وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البايع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر من يوم باع فهو ابن البايع وامه ام ولد له وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لان البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب على الخفا فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البايع او بعده فدعوة البايع اولى لانها اسبق لاستنادها الى وقت العلوق وهذه دعوة الاستيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البايع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا تثبت حقيقة العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البايع الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه ثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له كما في المسالة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في الملك فان مات الولد فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البايع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت النسب في الولد واخذه البايع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده ومالية ام ولده غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة فيضمنها قال وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البايع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو ابنه يرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري انما اعتق الولد فدعوته باطلة ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما مر وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضرورته كما في ولد المغرور فانه حر وامه امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد للبايع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال ومن باع عبدا ولد عنده فباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البايع الاول فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينقض البيع لاجله وكذلك اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه البايع حيث لا يثبت النسب من البايع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه قال ومن ادعى نسب احد التوامين ثبت نسبهما منه لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لان التوامين ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا حبل لاقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توامان ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البايع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسالة مفروضة فيه ثبت حرية الاصل فيه فيثبت نسب الآخر وحرية الاصل فيه ضرورة لانهما توامان فتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل العتق فيه مقصودا لحق دعوة البايع وهنا ثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه ثبت نسب الولد

الذي في يده ولا ينتقض البيع فيما بلغ لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر
على محل ولايته قال واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال هو
ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا اذا جحد العبد
فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار
ارتد برد العبد فصار كان لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان لا يحتمل النقض
الدعوى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على البائع باعتاق المشتري
فكذبه البائع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك
نسبا ثابتا من الغير وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على
اعتبار تصديقه فيصير كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب نفسه
ولابي حنيفة رح ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فبقي
فيمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه
وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت النسب منه وكذا تعلق به
حق الولد فلا يرتد برد المقر له ومسئلة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل
باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على الولاء الموقوف
ما هو اقوى وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف النسب على ما مر وهذا يصلح مخرجا على اصله
فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك فيقطع دعواه اقراره بالنسب لغيره قال
واذا كان الصبي في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو
ابن النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض لان نظر الصبي
في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا اذ دلائل الوحدانية ظاهرة
وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن الحرية لانه ليس في وسعه اكتسابها ولو كانت
دعوتهما دعوة البنوة فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين قال
واذا ادعت امرأة صبيا انه ابنها لم تجز دعوتها حتى تشهد امرأة على الولادة ومعنى المسئلة
ان تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة بخلاف
الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان الحاجة الى تعيين الولد
اما النسب فيثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عم قبل شهادة القابلة على الولادة
ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة رح وقد مر في الطلاق وان لم تكن منكوحة
ولا معتدة قالوا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها وان
كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امرأة لانه التزم نسبه
فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما وزعم الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها

من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما
يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو
بيني وبين رجل آخر غير صاحبي يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر
لان المحل يحتمل الشركة وههنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال ومن اشترى جارية فولدت
ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور
من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة
باجماع الصحابة رض ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا
في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد
المغصوبة فلهذا يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب
لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه والمال لابيه لانه حر الاصل في حقه
فيرثه ولو قتله الاب يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره واخذ ديته لان سلامة
بدله له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن له
سلامته كما يرجع بثمنه بخلاف العقر لانه لزمه باستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع والله اعلم

كتاب الاقرار

قال واذا اقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما اعلم ان
الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف الزم رسول الله عليه السلام
ماعزا رضي الله عنه الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها وهو حجة قاصرة لقصور ولاية
المقر عن غيره فيقتصر عليه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا فان العبد المأذون له وان
كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح بالحدود والقصاص
لان اقراره عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف
المأذون لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبقى على اصل الحرية في ذلك
حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون
غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي مأذونا لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن
وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزمه مجهولا بان اتلف مالا لا يدري
قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او يبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار
اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول لا يصلح مستحقا ويقال له
بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي
على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان فان قال لفلان علي شيء
لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين

عني ذلك يكون رجوعا **قال** والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر
فيه وكذلك اذا قال لفلان علي حق لما بينا وكذلك لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين
ما هو مال يجري فيه التمانع تعويلا على العادة ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في
بيانه لانه هو المجمل ويقبل قوله في القليل والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به
الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق
في اقل من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر
صاحبه غنيا به والغني عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة رح انه لا يصدق في اقل من عشرة
دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث يقطع به اليد المحترمة وعنه مثل جواب
الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها بالعشرين
وفي الابل بخمس وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه وفي غير مال الزكوة
بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا
لادنى الجمع ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة وهذا عند ابي حنيفة رح
وعندهما لم يصدق في اقل من مائتي درهم لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة
غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم
احد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فينصرف اليه ولو قال دراهم
فهي ثلاثة لانها اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر من ذلك لان اللفظ يحتمله وينصرف
الى الوزن المعتاد ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر
عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك في المفسر احد عشر ولو قال
كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف
عطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا
درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له
سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع يزاد عليها الف لان ذلك نظيره
قال وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي صيغة ايجاب وقبلي ينبئ عن
الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ووصل صدق لان اللفظ
يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق موصولا لا مفصولا
قال رض وفي نسخ المختصر في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى
صار قوله لا حق لي قبل فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول
اصح ولو قال عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بامانة
في يده لان كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت

اقلهما ولو قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها
فهو اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال اتزن الالف
التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه الى
المذكور والتاجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى الابراء
كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي سابقة الوجوب
وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين **قال** ومن اقر بدين مؤجل فصدقه المقر
له في الدين وكذبه في الاجل لزمه الدين حالا لانه اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه
فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة
فيه وقد مرت المسئلة في الكفالة **قال** ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا
عليه واليمين على المنكر وان قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب
لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي رح
لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير لها فبقيت المائة
على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق انهم استثقلوا تكرار الدرهم
في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة
الوجوب بكثرة اسبابه وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون اما الثياب وما لا
يكال ولا يوزن فلا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا
بخلاف ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا اذ الاثواب
لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى التفسير فكانت كلها ثيابا
قال ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا
في قوصرة ووجهه ان القوصرة وعاء له وظرف وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون
الظرف فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال
غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع **قال** ومن اقر
بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند ابي حنيفة
وابي يوسف رح وعلى قياس قول محمد رح يضمنهما ومثله الطعام في البيت ومن اقر لغيره بخاتم
فله الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن
والحمائل لان الاسم ينطوي على الكل ومن اقر بحجلة فله العيدان والكسوة لانطلاق
الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب
يلف فيه وكذا لو قال ثوب في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث
يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب

عند ابي يوسف رح وقال محمد رح احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب
فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف رح ان حرف في يستعمل للبين والوسط ايضا قال الله
تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي فوقع الشك والاصل براءة الذمم على ان
كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان
علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال
الحسن يلزمه خمسة وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة
لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه
تسعة عند ابي حنيفة رح فيلزمه الابتداء وما بعده وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة
كلها فتدخل الغايتان وقال زفر رح يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ولو قال له من داري
ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين شيء وقد مرت الدلائل
في الطلاق **فصل** ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه
فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة
يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه وان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم
بين ورثته لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل
ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني لم يلزمه شيء
لانه بين مستحيلا وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رح وقال محمد رح يصح لان
الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح ولابي يوسف رح ان الاقرار
مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين
عليه فيصير كما اذا صرح به **قال** ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه
لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فيحمل عليه **قال** ومن اقر بشرط الخيار
بطل الشرط لان الخيار للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة
الملزمة ولم تنعدم بهذا الشرط الباطل والله تعالى اعلم بالصواب

باب الاستثناء وما في معناه قال

ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة
عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى
الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده
فيكون رجوعا وقد مر الوجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم الا دينارا او الا قفيز
حنطة لزمه مائة درهم الا قيمة الدينار او القفيز وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
ولو قال له علي مائة درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد رح لا يصح فيهما

وقال الشافعي رح يصح فيهما لمحمد رح ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا
لا يتحقق في خلاف الجنس وللشافعي رح انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة
في الاول ثابتة من حيث الثمنية اما الدينار فظاهر والمكيل والموزون اوصافهما اثمان
اما الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا
بالدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا لا يصلح مقدرا فبقي المستثنى
من الدراهم مجهولا فلا يصح **قال** ومن اقر بحق وقال ان شاء الله تعالى متصلا باقراره
لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله تعالى اما ابطال او تعليق فان كان الاول
فقد بطل وان كان الثاني فكذلك اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط
لا يوقف عليه كما ذكرناه في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا
جاء راس الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا
حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا **قال** ومن اقر بدار واستثنى بناءها
لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل في هذا الاقرار معنى لا لفظا والاستثناء
تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانه يدخل فيه
تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال
بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون
البناء فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة
ارضا حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار
ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه
قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك قال رح هذا على وجوه
احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه ما ذكر لان الثابت بتصادقهما
كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا
غير هذا وسلمته وفيه المال لازم على المقر لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم
ولا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك
وحكمه ان لا يلزم المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه
ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه والاخر ينكر
والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والاخر ينكر واذا تحالفا بطل المال هذا اذا ذكر
عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد ولم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت
عند ابي حنيفة رح وصل ام فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة علي
وانكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارئة

بأن اشترى عبداً ثم نسيه عند الاختلاط بأمثاله لا يوجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب
نقد الثمن وإذا كان كذلك كان رجوعاً فلا يصح وإن كان مفصولاً وقال أبو يوسف رح
ومحمد رح إن وصل صدق ولم يلزمه شيء وإن فصل لم يصدق إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك
من ثمن عبد وإن أقر أنه باعه متاعاً فالقول قول المقر ووجه ذلك أنه أقر بوجوب المال
عليه وبين سبباً وهو البيع وإن وافقه الطالب في السبب وبه لا يتأكد الوجوب
إلا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول له وإن كذبه في السبب كان هذا من المقر بياناً
مغيراً لأن صدر كلامه للوجوب مطلقاً وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض
والمغير يصح موصولاً لا مفصولاً ولو قال ابتعت منه بيعاً إلا أني لم أقبضه فالقول له
بالإجماع لأنه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الإقرار بوجوب الثمن قال وكذا
لو قال من ثمن خمر أو خنزير ومعنى المسألة إذا قال لفلان علي ألف درهم من ثمن خمر
أو خنزير لزمه الألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة رح وصل أم فصل لأنه رجوع
لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجباً وأول كلامه للوجوب وقالا إذا وصل لا يلزمه شيء
لأنه بين بآخر كلامه أنه ما أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال في آخره إن شاء الله تعالى قلنا ذاك
تعليق وهذا إبطال ولو قال له علي ألف من ثمن متاع أو قال أقرضني ألف درهم
ثم قال هي زيوف أو نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول أبي حنيفة رح
وقالا إن قال موصولاً يصدق وإن قال مفصولاً لا يصدق وعلى هذا الخلاف إذا قال هي ستوقة
أو رصاص وعلى هذا إذا قال إلا أنها زيوف وعلى هذا إذا قال لفلان علي ألف درهم
زيوف من ثمن متاع لهما أنه بيان مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا
لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته والستوق بمجازه إلا أن مطلقه ينصرف
إلى الجياد فكان بياناً مغيراً من هذا الوجه وصار كما إذا قال إلا أنها وزن خمسة ولأبي حنيفة
أن هذا رجوع لأن مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب ودعوى
العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما إذا قال بعتكه معيباً وقال المشتري بعتنيه
سليماً فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الأثمان والبيع يرد على الثمن فكان
رجوعاً وقوله إلا أنها وزن خمسة يصح استثناء لأنه مقدار بخلاف الجودة لأن استثناء
الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما إذا قال علي كر حنطة من ثمن عبد إلا
أنها ردية لأن الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن أبي حنيفة رح
في غير رواية الأصول في القرض أنه يصدق في الزيوف إذا وصل لأن القرض يوجب مثل
المقبوض وقد يكون زيفاً كما في الغصب ووجه الظاهر أن التعامل بالجياد فانصرف
مطلقه إليها ولو قال لفلان علي ألف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق

يصدق بالإجماع لأن اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لأن مطلق الإقرار
ينصرف إلى العقود لتعينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه
ألفاً أو قال أودعني ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل لأن الإنسان
يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بياناً للنوع فيصح
وإن فصل ولهذا لو جاء راد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول له وعن أبي يوسف رح
أنه لا يصدق فيه مفصولاً اعتباراً بالقرض إذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال
هي ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وإن فصل
لم يصدق لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازاً فكان
بياناً مغيراً فلا بد من الوصل وإن قال في هذا كله ألفاً ثم قال إلا أنه ينقص كذا إن
فصل لم يصدق وإن وصل صدق لأن هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولاً
بخلاف الزيافة لأنها وصف والاستثناء لفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف
لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم إمكان
الاحتراز عنه ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لأن الغصب
لا يختص بالسليم ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال
لا بل أخذتها غصباً فهو ضامن وإن قال أعطيتنيها وديعة فقال غصبتنيها
لم يضمن والفرق أن في الفصل الأول أقر بسبب الضمان وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه
وهو الإذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني أضاف الفعل إلى غيره
وذلك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض
في هذا كالأخذ والدفع كالإعطاء فإن قال قائل الإعطاء والدفع إليه لا يكون إلا
بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى
ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان وهذا بخلاف ما إذا قال أخذتها
منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضاً حيث يكون القول للمقر وإن أقر بالأخذ لأنهما
توافقا هنالك على أن الأخذ كان بالإذن إلا أن المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض
والآخر ينكر فافترقا فإن قال هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها فقال
فلان هي لي فإنه يأخذها لأنه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر
وإن قال آجرت دابتي هذه فلاناً فركبها وردها أو قال آجرت ثوبي هذا فلاناً فلبسه ورده
فالقول قوله وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رح القول قول الذي أخذ
منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الإعارة والإسكان ولو قال خاط
فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف

في المقبوض وجه الاستحسان ما بيناه في الوديعة وجه الاستحسان هو المعروف ان البيت في الاجارة
والاعارة ضرورة تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فتكون عينها
ضمانا المضمون فلو يكون اقرارا له بالبيت مطلقا بخلاف الوديعة لان البيت فيها مقصود
والايداع اثبات اليد حفظا فيكون الاقرار به اعترافا بالبيت المودع ووجه القياس في الاجارة
والاعارة والاستحفاظ من سبب ثابتة من جهته فيكون المنزل مقرا له في كيفيته ولو كذلك
في مسئلة الوديعة فانه قال جئتها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها
كان على وجه الخلاف وليس مدار الفرق على جهة الاخذ في ظرف الوديعة وعدمه في الظرف
الاخر وهو الاجارة واختاه لانه ذكر الاخذ في صنع الظرف الاخر في كتاب الاقرار
ايضا وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته لفلان
ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها وذلك
انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه
من الدين معاوضة والاخر ينكره اما هاهنا المعتبر من هو مادعي فيه الاجارة وما اشبهها
فان من قال لو اجرتك ذرع هذه الارض او بعض هذه الدار او عوضتك هذا الكرم وذلك
كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر
فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملكه في يد المقر
وصار كما لو قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن
اقرارا باليد فيكون القول للمقر لانه انما فعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا والله اعلم

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بدين وعليه ديون في الصحة وديون لزمته في مرضه باسباب
معلومة فديون الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم وقال الشافعي هو ودين الصحة
ودين المرض يستويان لاستواء سببيهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين ومحل الاقرار
الذمة القابلة للحقوق وصار كانشاء التصرف مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار لا يكون حجة
دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال
استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف النكاح لانه من الحوائج
الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية
لا بالصورة وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التمييز
وهذه حالة العجز وحالتا المرض حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة
والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة حجر فافترقا وانما تقدم المعروفة
الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل بدل مال ملكه او استهلكه وعلم

وعلم وجوبه بغير اقراره او تزوج امرأة بمهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم
احدهما على الاخر لما بيناه ولو قضى بعض الغرماء لم يصح في حق غرماء الصحة لتعلق
حقهم به ولان في ايثار المريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان في ايثار البعض
ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض
في مرضه او نقد ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة قال فاذا قضيت يعني
الديون المقدمة وفضل شيء يصرف الى ما اقر به في حال المرض لان الاقرار في ذاته صحيح
وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال وان لم يكن عليه
ديون في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير وكان المقر له اولى من الورثة
لقول عمر رضي الله عنه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين من
الحوائج الاصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا يقدم حاجته
في التكفين قال ولو اقر المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدقه فيه بقية الورثة
وقال الشافعي في احد قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه
وصار كالاقرار لاجنبي وبوارث بوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام
لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه ولهذا
يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقين ولان حالة المرض
حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي
لحاجته الى المعاملة في الصحة لانه لو تحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة
معه وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار للوارث لعدم الحاجة فيه
ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوا حقهم فيصح اقراره قال
وان اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بيناه والقياس ان لا يجوز الا في الثلث
لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما صح اقراره في الثلث كان المتقي
في الثلثين الثابت لانه لا ثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل قال ومن اقر لاجنبي
ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل اقراره فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره
لها ووجه الفرق ان دعوة النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر
لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج فبقي اقراره
لاجنبية قال ومن طلق امرأته في مرضه ثلاثا ثم اقر لها بدين فلها الاقل من الدين
ومن ميراثها منه لانهما متهمان فيه لقيام العدة وباب الاقرار مسدود للوارث فلعله
اقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها بزيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين
فيثبت فصل ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف انه ابنه وصدقه

الغلام ثبت نسبه منه وإن كان مريضاً لأن النسب مما يلزمه خاصة فيصح إقراره به وشرط
أن يولد مثله لمثله كيلا يكون مكذباً في الظاهر وشرط أن لا يكون له نسب معروف لأنه يمنع
ثبوته من غيره وإنما شرط تصديقه لأنه في يد نفسه إذ المسألة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف
الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لأن النسب من الحوائج الأصلية ويشارك الورثة في الميراث
قال ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لأنه أقر بما يلزمه وليس فيه
تحميل النسب على الغير ويقبل إقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل بالولد
لأن فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لأن النسب منه إلا أن يصدقها الزوج لأن الحق
له أو تشهد بولادتها قابلة لأن قول القابلة في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وذكرنا في إقرار
المرأة تفصيلاً في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب
بعد موت المقر لأن النسب يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لأن حكم النكاح باق وكذا
يصح تصديق الزوج بعد موتها لأن الإرث من أحكامه وعند أبي حنيفة رح لا يصح لأن
النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل غسلها ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه
معدوم حالة الإقرار وإنما يثبت بعد الموت والتصديق يستند إلى أول الإقرار قال
ومن أقر بنسب من غير الولاد كالأخ والعم لا يقبل إقراره في النسب لأن فيه حمل النسب
على الغير فإن كان له وارث معروف قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له لأنه لما لم
يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وإن لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه
لأن له ولاية التصرف في ماله بنفسه عند عدم الوارث ألا يرى أن له أن يوصي بجميعه فيستحق
جميع المال وإن لم يثبت نسبه منه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية
حقيقة حتى أن من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث المال خاصة ولو كانت الأولى
وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلتها حتى لو أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر
وراثته ثم أوصى بماله كله لإنسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص لأحد كان لبيت المال لأن
رجوعه صحيح لأن النسب لم يثبت فبطل الإقرار قال ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسب أخيه
لما بينا ويشاركه في الميراث لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له
عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري إذا أقر على البائع بالعتق لم يقبل
إقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق العتق قال ومن مات وترك
ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين لا شيء للمقر وللآخر
خمسون لأن هذا إقرار بالدين على الميت لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون
فإذا كذبه أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الأمر أنهما تقاصا لما
كون المقبوض مشتركاً بينهما لكن المقر لو رجع على القابض بشيء لرجع القابض على الغريم

على الغريم ورجع المقبوض على المقر فيؤدي إلى الدور والله تعالى أعلم بالصواب

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلاثة أضرب صلح مع إقرار وصلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه
ولا ينكر وصلح مع إنكار وكل ذلك جائز لإطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام
كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً وقال الشافعي رح لا يجوز
مع إنكار أو سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لأن البدل كان حلالاً على الدافع حراماً
على الآخذ فينقلب الأمر ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة ولنا
ما تلوناه أول ما رويناه وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالخمر أو حرم حلالاً لعينه كالصلح
على أن لا يطأ الضرة ولأن هذا صلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لأن المدعي يأخذه
عوضاً عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا
مشروع أيضاً إذ المال وقاية الأنفس ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز قال فإن
وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات إن وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع
وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما فيجري فيه الشفعة إذا كان
عقاراً ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ويفسده جهالة البدل لأنها
هي المفضية إلى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لأنه يسقط ويشترط القدرة على
تسليم البدل وإن وقع عن مال بمنافع يعتبر بالإجارات لوجود معنى الإجارة وهو تمليك
المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت
أحدهما في المدة لأنه إجارة والصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لافتداء
اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز أن يختلف حكم العقد
في حقهما كما يختلف حكم الإقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الإنكار ظاهر
وكذا في السكوت لأنه يحتمل الإقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضاً في حقه بالشك قال
وإذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه إذا كان عن إنكار أو سكوت لأنه يأخذها على
أصل حقه ويدفع المال دفعاً لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما إذا صالح على دار
حيث يجب فيها الشفعة لأن المدعي يأخذها عوضاً عن المال وكانت معاوضة في حقه
فتلزمه الشفعة بإقراره وإن كان المدعى عليه يكذبه قال وإذا كان الصلح عن إقرار واستحق
بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لأنه معاوضة مطلقة
كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا وإن وقع الصلح عن سكوت أو إنكار فاستحق
المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لأن المدعى عليه ما بذل العوض إلا ليدفع
خصومته عن نفسه فإذا ظهر الاستحقاق تبين أنه لا خصومة له فيبقى العوض في يده

غير مشتمل على عوضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة
فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار رجع
بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته وان كان الصلح عن
انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل
هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لان
الاقدام على البيع اقرار منه بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة
ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين
قال ومن ادعى حقا في دار لم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا
من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى
العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما قدمنا في البيوع ولو ادعى
دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو
على دعواه في الباقي والوجه فيه احد امرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح
فيصير ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي
قال والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر **فصل**
والمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب
العقود اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن **قال** ويصح عن جناية العمد
والخطأ اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما انها
نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا اذ كل واحد منهما
مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية هنا يصار الى الدية لانه موجب الدم
ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل
في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع السكوت ويدخل في اطلاق جواب
الكتاب الجناية في النفس وما دونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث
لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل في حق
الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانها تبطل بالاعراض
والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه
الا ان في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه واما الثاني وهو جناية الخطأ
فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه لا يصح الزيادة على قدر الدية لانه
مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز
بالزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا

اذا صالح على احد مقادير الدية اما اذا صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه
يشترط القبض في المجلس كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي باحد
مقاديرها فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة
بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين
فلا يجوز الزيادة على ما يتعين **قال** ولا يجوز من دعوى حد لانه حق الله تعالى
لا حقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة
نسب ولدها لانه حق الولد لا حقها وكذا لا يجوز الصلح عما اشرعه الى طريق العامة
لانه حق العامة فلا يجوز ان يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل في اطلاق الجواب
حد القذف لان المغلب فيه حق الشرع **قال** واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي
تجحد فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن
تصحيحه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبها بذلا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا
يحل له ان كان مبطلا فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه **قال** واذا ادعت
امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لم يجز قال رضه هكذا ذكر في بعض نسخ
المختصر وفي بعضها قال جاز ووجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها ووجه الثاني انه
بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطي
العوض في الفرقة وان لم يجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله
العوض فلم يصح **قال** وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان
في حق المدعي بمنزلة الاعتاق على مال لانه امكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه
ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى اجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه
يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء له الا ان يقيم البينة فتقبل
ويثبت الولاء **قال** واذا قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز له ان يصالح عن نفسه
وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه عنه جاز ووجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته
ولهذا لا يملك المأذون بيعها فكذا استخلاصها بمال المولى وصار كالاجنبي اما عبده
من تجارته وتصرفه فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا وهذا لان المستحق كالزائل عن ملكه
وهذا شراؤه فيملكه **قال** ومن غصب ثوبا يهوديا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه
منها على مائة درهم جاز عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يبطل الفضل على
قيمته بما لا يتغابن الناس فيه لان الواجب هو القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها
تكون ربا بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما
يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة

ولابي حنيفة رح ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك اخذ القيمة يكون الكفن عليه
او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء
فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان
الحق قد انتقل الى القيمة **قال** وان كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه
الاخر على اكثر من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلانها الفرق
لابي حنيفة رح ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي
فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها فان صالحه على
عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالحه لم يلزم الوكيل ما صالح عليه الا ان يضمنه والمال لازم للموكل
وتاويل هذه المسئلة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين
لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان
يضمنه لانه حينئذ هو مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال فهو
بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل **قال**
وان صالح رجل بغير امره فهو على اربعة اوجه ان صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل
للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها الاجنبي والمدعى عليه سواء فصلح اصيلا فيه
اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو
تبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك
للذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا او منكرا وكذلك
ان قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها لانه لما اضافه
الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذلك ان قال على الف وسلمها لان التسليم
اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده ولو قال صالحتك على الف
فالعقد موقوف فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف وان لم يجزه بطل لان الاصل
في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل له الا ان الفضولي يصير اصيلا
بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف
على اجازته قال العبد الضعيف رض ووجه اخر ان يقول صالحتك على هذا الالف
او على العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له
فيتم بقوله ولو استحق العبد او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه
التزم الايفاء من محل بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم
لم يرجع عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها

زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه رجع عليه ببدله

باب الصلح في الدين

وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه
استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على اخر الف درهم فصالحه على خمسمائة وكمن له
على اخر الف جياد فصالحه على خمسمائة زيوف جاز وكانه ابراه عن بعض حقه وهذا لان تصرف
العاقل يتحرى تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربا فجعل اسقاطا
للبعض في المسئلة الاولى وللبعض والصفة في الثانية ولو صالح على الف مؤجلة جاز
وكانه اجل نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه
على التاخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة
فلا يمكن حمله على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئا
لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كانت له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان
المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض
عن الاجل وهو حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير
مستحقة بعقد المداينة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة
وصف وهو ربوا بخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل
ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه الف درهم ومائة دينار
فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه امكن ان يجعل اسقاطا للدنانير
كلها والدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي فلا يجعل معاوضة تصحيحا للعقد او لان معنى
الاسقاط فيه الزم **قال** ومن كان له على اخر الف درهم فقال اد الي غدا خمسمائة على
انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول
ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء مطلق الا يرى انه جعل اداء
الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا
عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدا بالابراء ولهما
ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدا باداء الخمسمائة في الغد وانه يصلح عوضا
حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط
لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحيحا لتصرفه او لانه
متعارف والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداءة
بالابراء ان شاء الله تعالى قال رض وهذه المسئلة على وجوه احدها ما ذكرنا والثاني اذا
قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الي غدا وانت بريء من الفضل على انك ان لم

انه لم يدفعها غدا فالالف عليه حالة وجه ابراء الاول على ما قال ان في تقييد فيبطل به
والثالث اذا قال ابرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني الخمسمائة غدا فالابراء فيه
واقع اعطى الخمسمائة او لم يعطه لانه اطلق الابراء اولا واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا
مطلقا ولكنه يصلح شرطا فوقع الشك في تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء
خمسمائة لان الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث
انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا والرابع اذا قال اد الي
خمسمائة على انك بريء من الفضل ولم يوقت للاداء وقتا جاز الابراء ولا يعود
الدين لان هذا ابراء مطلق لانه لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا
لانه واجب عليه في مطلق الازمان فلم يتقيد بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف
ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت الي خمسمائة او قال
اذا اديت او متى اديت فالحط باطل لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءة
بالشروط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح
الشرط فحمل على التقييد به **قال** ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره عني او تحط عني
ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره ومعنى المسألة اذا قال ذلك سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به والله اعلم

فصل في الدين المشترك

واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء
اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب الا ان يضمن له شريكه ربع الدين
واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه
في المقبوض لانه ازداد بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة
راجعة الى اصل الحق فتصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة
باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فيملكه حتى
ينفذ تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان يكون واجبا بسبب متحد
كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك
المشترك اذا عرفنا هذا نقول في مسألة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق
في ذمته لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب لان له
حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك **قال** ولو استوفى نصف
نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشاركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما لما
اشتركا في المقبوض لا بد ان يبقى الباقي على الشركة ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة
كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان مبنى البيع على المماكسة

بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير
القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء
بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته
باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا يشاركه
ولو سلم له ما قبض ثم توي ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه انما رضي بالتسليم
ليسلم له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك
لانه قاض بنصيبه لا مقتض ولو ابرأه عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض
ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند
ابي يوسف رحمه الله اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل
القبض ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستيجار
بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله والتزوج به اتلاف في ظاهر
الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد **قال** واذا كان السلم بين شريكين فصالح
احدهما من نصيبه على رأس المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز
الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه
لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة
الآخر بخلاف شري العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قام بهما فلا
ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا شاركه فيه رجع المصالح
على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا اذا خلطا رأس المال
فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الاختلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق

فصل في التخارج

واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض
جاز قليلا كان ما اعطوه اياه او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رضي الله عنه فانه
صالح تماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمنها على ثمانين الف دينار
قال وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة فكذلك
لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف
غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفي بذلك القبض لانه قبض ضمان
فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب
عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على فضة
او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله

والزيادة بحصته من بقية التركة احتيالاً عن الربا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه
من الذهب والفضة لأنه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً
لعدم الربا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضاً جاز
الصلح كيف ما كان صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض في الصرف
قال وإن كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه
ويكون الدين لهم فالصلح باطل لأن فيه تمليك الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح
وإن شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لأنه
إسقاط وهو تمليك الدين ممن عليه وهو جائز وهذه حيلة الجواز والأخرى أن يعجلوا
قضاء نصيبه متبرعين وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة والأوجه أن يقرضوا
المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء
ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة فالصلح على المكيل والموزون قيل
لا يجوز لاحتمال الربا وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة وإن كانت التركة غير المكيل
والموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعاً إذ المصالح عنه عين
والأصح أنه يجوز لأنها لا تفضي إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية
من الورثة وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن التركة
لم يتملكها الوارث وإن لم يكن مستغرقاً لا ينبغي أن يصالحوا ما لم يقضوا دينه فيقدم
حاجته ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر الكرخي في القسمة أنها لا تجوز استحساناً وتجوز قياساً

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض سمي بها لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله
وهي مشروعة للحاجة إليها فإن الناس بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في
التصرف صفر اليد عنه فمست الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة
الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي عليه السلام والناس يباشرونه فقررهم
عليه وتعاملته الصحابة رض ثم المدفوع إلى المضارب أمانة في يده لأنه قبضه بأمر
مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لأنه يتصرف فيه بأمر مالكه وإذا
ربح فهو شريك فيه جزء من المال بعمله وإذا فسدت ظهرت الإجارة حتى استوجب العامل
أجر مثله وإذا خالف كان غاصباً لوجود التعدي منه على مال غيره قال المضاربة
عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين
والعمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها ألا ترى أن الربح كله لو شرط لرب المال كان
بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضاً ولا يصح إلا بالمال الذي يصح به الشركة وقد

وقد تقدم بيانه فلو دفع إليه عرضاً وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لأنه
يقبل الإضافة من حيث إنه توكيل وإجارة فلا مانع من الصحة وكذا إذا قال له اقبض مالي
على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما إذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك
حيث لا يصح المضاربة لأن عند أبي حنيفة رح لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما
يصح لكن يقع الملك في المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض قال ومن شرطها أن يكون
الربح بينهما مشاعاً لا يستحق أحدهما دراهم مسماة لأن شرط ذلك يقطع الشركة بينهما
ولا بد منها كما في عقد الشركة قال فإن شرط زيادة عشرة فله أجر مثله لفساده فلعله
لا يربح إلا هذا القدر فينقطع الشركة بالربح وهذا لأنه ابتغى عن منافعه عوضاً ولم
ينل لفساده والربح لرب المال لأنه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة
ولا يجاوز بالأجر القدر المشروط عند أبي يوسف خلافاً لمحمد رح كما بينا في الشركة
ويجب الأجر وإن لم يربح في رواية الأصل لأن أجر الأجير يجب بتسليم المنافع أو العمل
وعن أبي يوسف رح أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها والمال في
المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحيحة ولأنه عين مستأجر
في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك
من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة على المضارب
قال ولا بد أن يكون المال مسلماً إلى المضارب ولا يد لرب المال فيه لأن المال أمانة
في يده فلا بد من التسليم إليه وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من أحد الجانبين
والعمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه أما العمل
في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لأحدهما لم تنعقد الشركة وشرط العمل
على رب المال مفسد للعقد لأنه يمنع من خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف
فلا يتحقق المقصود وسواء كان المالك عاقداً أو غير عاقد كالصغير لأن يد المالك
ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب وكذا أحد المتفاوضين وأحد شريكي
العنان إذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وإن لم يكن عاقداً
واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده إن لم يكن من أهل المضاربة
فيه كالمأذون بخلاف الأب والوصي لأنهما من أهل أن يأخذا مال الصغير مضاربة
بأنفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز
للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع لإطلاق العقد والمقصود منه
الاسترباح ولا يتحصل إلا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع
التجار والتوكيل من صنيعهم وكذا الإبضاع والإيداع والمسافرة ألا ترى أن

أن المودع له أن يسافر بالوديعة فالمضارب أولى كيف وأن اللفظ دليل عليه لأنها
مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر وعنه
وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إن دفع في بلده ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك من غير
ضرورة وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب والظاهر
ما ذكر في الكتاب **قال** ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك
لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض
المطلق إليه وكان كالتوكيل فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره إلا إذا قيل له اعمل برأيك
بخلاف الإيداع والإبضاع لأنه دونه فيتضمنه وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه
وإن قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض منه
وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لأنه لا تجوز الزيادة
عليه أما الدفع مضاربة فمن صنيعهم وكذا الشركة والخلطة بمال نفسه فيدخل تحت
هذا القول **قال** وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له
أن يتجاوزها لأنه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة
إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره **قال**
فإن خرج إلى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لأنه تصرف بغير أمره
وإن لم يشتر حتى رده إلى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة
ثم رجع وعاد المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا إذا رد بعضه
واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط
الشراء بها ههنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج
والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه أما الضمان
فوجوبه بنفس الإخراج وإنما شرط الشراء للتقرر لا لأصل الوجوب وهذا بخلاف
ما إذا قال على أن تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه
كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل
في غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية إليه ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا
أو في مكان كذا وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لأنه تفسير له أو قال فاعمل به في
الكوفة لأن الفاء للوصل أو قال خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق أما إذا قال
خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة
المشورة ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة
في المعاملة بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على

على أن يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة
جاز لأن فائدة الأول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهذا هو المراد
عرفا لا فيما وراء ذلك **قال** وكذلك إن وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه
لأنه توكيل فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وأنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع
والمكان **قال** وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقرابة أو غيرها
لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه لعتقه
ولهذا لا يدخل في المضاربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف
البيع الفاسد لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود **قال** ولو فعل صار مشتريا
لنفسه دون المضاربة لأن الشراء متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل
بالشراء إذا خالف **قال** فإن كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه لأنه يعتق
عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف
فلا يحصل المقصود وإن اشترى ضمن مال المضاربة لأنه يصير مشتريا العبد لنفسه
فيضمن بالنقد من مال المضاربة وإن لم يكن في المال ربح جاز أن يشتريهم لأنه لا مانع
من التصرف إذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه
منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لأنه لا صنع من جهته في زيادة القيمة
ولا في ملكه الزيادة لأن هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما إذا ورثه مع غيره
ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لأنه احتبست ماليته عنده فيسعى فيه كما في الوراثة
قال فإن كان مع المضارب ألف بالنصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت
بولد يساوي ألفا فادعاه ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعي موسر
فإن شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين وإن شاء أعتق ووجه ذلك
أن الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك
لعدم ظهور الربح لأن كل واحد منهما أعني الأم والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة
إذا صار أعيانا كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فإذا زادت قيمة
الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت
القيمة لأن ذلك إنشاء العتق فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك
أما هذا إخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه
وإذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال
شيئا من قيمة الولد لأن عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف إليه ولا صنع له فيه
وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله أن يستسعي الغلام لأنه احتبست

ما اشتراه عنده وله أن يبيعه لأن المستسعي كالمكاتب عند أبي حنيفة رحمه الله ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى في هذا المقدار ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الخادم لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد نفذت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولد له ويضمن نصيب رب المال لأن هذا ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح فإذا ربح ضمن المضارب الأول لرب المال وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح وهو ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لأن المملوك له الدفع على وجه الإيداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما أن الدفع إيداع حقيقة وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولأبي حنيفة رحمه الله أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبضاع والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة فإن كانت فاسدة لا يضمنه الأول وإن عمل الثاني لأنه أجير فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع وهو المشهور وهذا عند أبي حنيفة ظاهر وكذا عندهما ووجه الفرق لهما بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمنفعة الأول فلا يكون ضامنا أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامنا ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة لأنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضي به فصار كما إذا دفع مال نفسه وإن ضمن الثاني رجع على الأول بالعقد لأنه عامل له كما في المودع ولأنه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لأن قرار الضمان على الأول فكأنه ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للأعلى لأن الأسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل والأعلى يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث قال فإن دفع إليه رب المال مضاربة بالنصف وأذن له

أن يدفعه إلى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فإن كان رب المال قال له على أن ما رزق الله بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الأول السدس لأن الدفع إلى الثاني مضاربة قد صح لوجود الأمر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله فلم يبق للأول إلا النصف فينصرف تصرفه إلى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق إلا السدس ويطيب لهما ذلك لأن فعل الثاني واقع للأول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر غيره عليه بنصف درهم وإن قال على أن ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الأول ورب المال نصفان لأنه فوض إليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الأول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الأول لأنه جعل لنفسه نصف جميع الربح فافترقا ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الأول ورب المال نصفان لأن الأول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض إليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الأول ولم يربح إلا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على أن ما رزق الله فلي نصفه أو قال له فما كان من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع إلى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الأول لأنه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الأول النصف للثاني إلى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الأول بغير شيء كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستأجر غيره ليخيطه بمثله وإن شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الأول للثاني سدس الربح في ماله لأنه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من الإبطال لكن التسمية قد صحت لكون المسمى معلوما في عقد يملكه فقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولأنه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع ولهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه إلى من يخيطه بدرهم ونصف

فصل وإذا شرط المضارب لعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لأن للعبد يدا معتبرة خصوصا إذا كان مأذونا له واشتراط العمل إذن له ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذه إذا أودعه العبد وإن كان محجورا ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون وإذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لأنه مانع من التسليم على ما مر وإذا صحت المضاربة يكون

الثلث للمضارب بالشرط والثلث للمولى لأن كسب العبد للمولى إذا لم يكن عليه دين فإن كان
عليه دين فهو للغرماء هذا إذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة
مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح إن لم يكن عليه دين لأن هذا اشتراط العمل على
المالك وإن كان على العبد دين صح عند أبي حنيفة رح لأن المولى بمنزلة الأجنبي عنه على أصله

فصل في العزل والقسمة

وإذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لأنها توكيل على ما تقدم وموت الموكل
يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا يورث الوكالة وقد عرف من قبل وإن ارتد رب المال
عن الإسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة لأن اللحوق بمنزلة الموت
ألا يرى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة
لأنه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه وإن كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها
لأن له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فيبقى المضاربة قال فإن عزل
رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لأنه وكيل من جهته
وعزل الوكيل قصدا يتوقف على علمه وإن علم بعزله والمال عروض فله أن يبيعها ولا يمنعه
العزل من ذلك لأن حقه قد ثبت في الربح وإنما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على رأس المال
وإنما ينض بالبيع قال ثم لا يجوز أن يشتري بثمنها شيئا آخر لأن العزل إنما لم يعمل
ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فعمل العزل فإن عزله
ورأس المال دراهم أو دنانير قد نضت لم يجز له أن يتصرف فيها لأنه ليس في إعمال
عزله إبطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رض وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس
رأس المال فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على العكس له أن يبيعها
بجنس رأس المال استحسانا لأن الربح لا يظهر إلا به وصار كالعروض وعلى هذا موت
رب المال ولحوقه مرتدا في بيع العروض ونحوها قال وإذا افترقا وفي المال ديون
وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لأنه بمنزلة الأجير
والربح كالأجر له وإن لم يكن ربح لم يلزمه الاقتضاء لأنه وكيل محض والمتبرع
لا يجبر على إيفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لأن حقوق
العقد إلى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه وقال في الجامع الصغير
يقال له أحل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات والبياع
والسمسار يجبران على التقاضي لأنهما يعملان بأجرة عادة قال وما هلك من مال المضاربة
فهو من الربح دون رأس المال لأن الربح تابع وصرف الهلاك إلى ما هو التبع أولى كما
يصرف الهلاك إلى العفو في الزكاة فإن زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب فيه لأنه

لأنه أمين فإن كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال كله أو بعضه ترادا الربح
حتى يستوفي رب المال رأس المال لأن قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال لأنه هو الأصل
وهذا بناء عليه وتبع له فإذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين أن ما استوفياه من رأس المال
فيضمن المضارب ما استوفاه لأنه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس المال
وإذا استوفى رأس المال وفضل شيء كان بينهما لأنه ربح وإن نقص فلا ضمان على المضارب
لما بينا ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الأول
لأن المضاربة الأولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب
انتقاض الأول كما إذا دفع إليه مالا آخر **فصل فيما يفعله المضارب** قال ويجوز للمضارب
أن يبيع بالنقد والنسيئة لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه إطلاق العقد إلا إذا باع
إلى أجل لا يبيع التجار إليه لأن الأمر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له أن يشتري
دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب وله أن يستكريها اعتبارا لعادة التجار
وله أن يأذن لعبد المضاربة في التجارة في الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار
فلو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالإجماع أما عندهما فلأن الوكيل يملكه فالمضارب
أولى إلا أن المضارب لا يضمن لأن له أن يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لأنه
لا يملك ذلك وأما عند أبي يوسف رح فلأنه يملك الإقالة ثم البيع بالنسيئة بخلاف الوكيل
لأنه لا يملك الإقالة ولو احتال بالثمن على الأيسر أو الأعسر جاز لأن الحوالة من
عادة التجار بخلاف الوصي في مال اليتيم حيث يعتبر فيه الأنظر لأن تصرفه مقيد
بشرط النظر والأصل أن ما يفعله ثلاثة أنواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو
ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشراء
للحاجة إليه والرهن والارتهان لأنه إيفاء واستيفاء والإجارة والاستئجار والإيداع والإبضاع
والمسافرة على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه إذا قيل له اعمل
برأيك وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال
مضاربة أو شركة إلى غيره وخلط مال المضاربة بماله أو مال غيره لأن دفع المال
مضاربة وشركة لا يشركه غيره وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت
مطلق العقد ولكنه جهة في التثمير من هذا الوجه فيوافقه فيدخل فيه عند وجود
الدلالة وقوله اعمل برأيك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله
اعمل برأيك إلا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشتري بالدراهم
والدنانير بعدما اشترى برأس المال السلعة وما أشبه ذلك لأنه يصير المال زائدا
على ما انعقد عليه المضاربة فلا يرضى ولا يشتغل ذمته بالدين ولو أذن له رب المال

في الاستيراد صار المشتري حينئذ ضعيفاً بمنزلة شركة الوجوه وأخذ السفاتج
لأنه نوع من الاستدانة وكذا الإعطاء لأنه إقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة
لأنه ليس بتجارة والإقراض والهبة والصدقة لأنه تبرع محض **قال** ولا يزوج عبداً
ولا أمة من مال المضاربة وعن أبي يوسف أنه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب
ألا يرى أنه يستفيد به المهر وسقوط النفقة ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن
إلا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والإعتاق على مال فإنه اكتساب ولكن لما لم يكن
تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذا هذا ولو دفع شيئاً من مال المضاربة إلى رب المال
بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر تفسد المضاربة
لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلاً فيه فيصير مسترداً ولهذا
لا يصح إذا شرط العمل عليه ابتداء ولنا أن التخلية قد تمت وصار التصرف حقاً للمضارب
فيصلح رب المال وكيلاً عنه في التصرف والإبضاع توكيل منه فلا يكون استرداداً بخلاف
شرط العمل عليه في الابتداء لأنه يمنع التخلية وبخلاف ما إذا دفع المال إلى رب المال
مضاربة حيث لا يصح لأن المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب
ولا مال هنا فلو جوزناه يؤدي إلى قلب الموضوع وإذا لم تصح بقي عمل رب المال بأمر
المضارب فلا تبطل به المضاربة الأولى وإذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته
في المال وإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه ومعناه شراء وكراء في مال
المضاربة ووجه الفرق أن النفقة تجب بإزاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة
المرأة والمضارب في المصر ساكن بالسكن الأصلي وإذا سافر صار محبوساً بالمضاربة
فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الأجير لأنه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر
بالإنفاق من ماله أما المضارب فليس له إلا الربح وهو في حيز التردد فلو أنفق
من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لأنه أجير وبخلاف البضاعة لأنه متبرع
قال فلو بقي شيء في يده بعدما قدم مصره رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق
ولو كان خروجه دون السفر فإن كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة
السوقي في المصر وإن كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لأن خروجه
للمضاربة والنفقة هي ما تصرف إلى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا ومن ذلك غسل
ثيابه وأجرة أجير يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج إليه كالحجاز
وإنما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل إن جاوزه اعتباراً للمتعارف
فيما بين التجار **قال** وأما الدواء ففي ماله في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله
أنه يدخل في النفقة لأنه لإصلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة إلا به فصار كالنفقة

كالنفقة وجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلومة الوقوع وإلى الدواء بعارض المرض ولهذا
كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها **قال** وإذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من
رأس المال فإن باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب
ما أنفق على نفسه لأن العرف جار بإلحاق الأول دون الثاني ولأن الأول يوجب زيادة
في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها **قال** فإن كان معه ألف فاشترى بها ثياباً
فقصرها أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لأنه استدانة على
رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ
فيه ولا يضمن لأنه عين مال قائم به حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الثوب الأبيض
على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لأنه ليس بعين مال قائم به ولهذا إذا فعله الغاصب
ضاع ولا يضيع إذا صبغ المغصوب وإذا صار شريكاً بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك
انتظامه الخلطة فلا يضمنه **فصل آخر** فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها
بزاً فباعه بألفين واشترى بالألفين عبداً فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال ألفاً وخمسمائة
والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة قال رضي الله عنه
هذا الذي ذكره حاصل الجواب لأن الثمن كله على المضارب إذ هو العاقد إلا أن له حق
الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما نبينه فيكون عليه في الآخرة ووجهه أنه
لما نض المال ظهر الربح وله منه خمسمائة فإذا اشترى بالألفين عبداً صار مشترياً ربعه لنفسه
وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين وإذا ضاعت الألفان وجب الثمن عليه
لما بيناه وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكيل من جهته فيه ويخرج
نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لأنه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما
منافاة ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون رأس
المال ألفين وخمسمائة لأنه دفع مرة ألفاً ومرة ألفاً وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة إلا على
ألفين لأنه اشتراه بألفين ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف ففي حصة المضاربة
ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما **قال** وإن كان معه ألف فاشترى رب
المال عبداً بخمسمائة وباعه إياه بألف فإنه يبيعه مرابحة على خمسمائة لأن هذا البيع مقضي بجوازه
لتغاير المقاصد دفعاً للحاجة وإن كان بيع ملكه بملكه إلا أن فيه شبهة العدم ومبنى
المرابحة على الأمانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر أقل الثمنين ولو اشترى
المضارب عبداً بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بألف
ومائة لأنه اعتبر عدماً في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع
قال وإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً

خطا فثلاثة ارباع الفدا على رب المال وربعه على المضارب لان الفدا مونة الملك فيتقدر
بقدر الملك وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو الف بينهما
والف لرب المال براس ماله لان قيمته الفان واذا فديا خرج العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب
فلما بيناه واما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفدا عليهما لما انه يتضمن قسمة العبد بينهما
والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب اذ كان له حق
الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجناية ودفع الفدا كابتداء
الشرى فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة يخدم المضارب يوما ورب المال
ثلثة ايام بخلاف ما تقدم **قال** فان كان معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع
رب المال ذلك الثمن وراس المال جميع ما يدفع لان المال امانة في يده والاستيفاء انما
يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد اخرى بخلاف الوكيل اذا كان
الثمن مدفوعا اليه قبل الشرا وهلك بعده حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا
لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه
الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له
حق الرجوع بنفس الشرا فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع اليه قبل الشرا
امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا فاذا هلك رجع عليه مرة ثم لا يرجع
لوقوع الاستيفا على ما مر

فصل في الاختلاف

قال فان كان مع المضارب الفان فقال
دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول
المضارب وكان ابو حنيفة رح اولا يقول القول لرب المال وهو قول زفر رح لان المضارب
يدعي عليه الشركة في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب لان
الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان او امينا
لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال
لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل
قبلت لان البينات للاثبات ومن كان معه الف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف
وقد ربح الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه
تقوم عمله او شرطا من جهته او يدعي الشركة في الربح وهو ينكر ولو قال المضارب اقرضتني
وقال رب المال هي بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة
المضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة
في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لان الاصل فيه العموم
والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو

ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد
من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة
ولو وقتت البينتان فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

كتاب الوديعة

الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير
غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه
يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم **قال** وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في
عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا
من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان
المالك راضيا به فان حفظها بغيرهم او اودعها عند غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده
لا بيد غيره والايدي تختلف بالامانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره و
الوضع في حرز غيره ايداع الا اذا استاجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه **قال** الا
ان يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة
اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على ذلك
الا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى
الاذن في الايداع **قال** فان طلبها صاحبها فحبسها عنه وهو يقدر على تسليمها ضمنها
لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه بعده فيضمنه بحبسه عنه
قال وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها عند ابي حنيفة رح
وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود
والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه
معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك
من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات
الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابرا الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما بالابرا يسقط خيرة الضمان فيتعين
الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك
الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف
الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر
فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند ابي حنيفة رح ينقطع حق المالك
الى الضمان لما ذكرنا وعند ابي يوسف رح يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند

شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم
بمثلها اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة **قال** وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شريك
لصاحبها كما اذا انشق الكيسان فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتركان
وهذا بالاتفاق **قال** فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه بالباقي ضمن الجميع
لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم **قال** واذا تعدى المودع في
الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها عند غيره
ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رح لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة
ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق
لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد
كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد
الى نائب المالك **قال** فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله
عن الحفظ فبعد ذلك هو بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف
لم يبرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة
المودع كجحود الوكيل الوكالة وجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع او لان المودع ينفرد
بعزل نفسه بحضرة المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل واذا ارتفع
لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق
ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف خلافا لزفر لان الجحود عند غيره
من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزل نفسه بغير محضر منه
او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته **قال** وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان
لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي
ليس له في الوجهين ولابي حنيفة رح اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق
امنا ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة
فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد به وللشافعي رح انه يتقيد بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار
وصار كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالي
والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف
الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد واذا نهاه
المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر
ابلغ فكان صحيحا **قال** واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما يطلب
نصيبه لم يدفع اليه حقه بحضرة الاخر عند ابي حنيفة رح وقالا يدفع اليه نصيبه

وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ
نصيبه عنده وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في
المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع
والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة
ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه
لان الديون تقضى بامثالها فقد كان له ان ياخذه ولهذا ليس من ضرورة ان يجبر المودع
على الدفع كما اذا كان له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فلغريمه ان
ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه **قال** وان اودع رجل عند رجلين
شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفعه احدهما الى الاخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما
نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظه احدهما باذن الاخر وهذا عند ابي حنيفة رح
وكذلك الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الاخر وقالا لاحدهما
ان يحفظ باذن الاخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم
الى الاخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان
الفعل متى اضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم
الى الاخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع
عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه اناء
الليل والنهار وامكنهما المهايأة كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال
واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع
الصغير اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن
كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ
على يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل
مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد
فان من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر
وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت اخر من الدار لم يضمن لان الشرط
غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها في دار
اخرى ضمن لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان
التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت
الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة صح الشرط **قال** ومن اودع رجلا وديعة فاودعها
غيره فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان يضمن الاخر وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا

وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الاخر رجع على الاول لانه قبض المال من يد ضمين
فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا
بالتسليم والثاني بالقبض فيتخير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه
ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له
فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ولابي حنيفة انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه
لحضور رأيه فلا تعدي منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك اما الثاني
فيستمر على الحالة الاولى لم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره
قال وان كان في يد رجل الف فادعاها رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما
فالالف بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق
فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما
بدأ القاضي جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما تطييبا
لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني فان حلف فلا شيء لهما لعدم
الحجة وان نكل اعطي للثاني يقضى له لوجود الحجة وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي
بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به اما النكول
انما يصير حجة عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء
ولو نكل للثاني ايضا يقضى بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما
اذا اقاما البينة ويغرم الفا اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببذله
او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد
بنصف الاخر فيغرمه فلو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام علي البزدوي
في شرح الجامع الصغير انه يحلف للثاني واذا نكل يقضى بينهما لان القضاء للاول
لا يبطل حق الثاني لانه يقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق
الثاني وذكر الخصاف انه ينفذ قضاؤه للاول ووضع المسألة في العبد انما نفذ
لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضي للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا
دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول
وهل يحلف بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا اقل منه قال
وينبغي ان يحلفه عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة
ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد رحمه الله خلافا له وتمامه في الكافي وتلك المسألة
وقد وقع فيها بعض الاطناب **كتاب العارية قال** العارية جائزة لانه نوع
احسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان وهي تمليك المنافع بغير

بغير عوض وكان الكرخي رحمه الله يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظة
الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذا يعمل فيه
النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية
مشتقة من العرية وهي العطية ولهذا ينعقد بلفظ التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان
والتمليك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع
دفع الحاجة ولفظ الاباحة استعير للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظ الاباحة
وهي تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان
الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التحصيل
فلا يتحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر على ما نذكره
ان شاء الله تعالى قال وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض
لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة
لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا قال
واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك
وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا
لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال وللمعير ان يرجع
في العارية متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع
تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فصح
الرجوع عنه قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن وقال الشافعي
يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمنه كالمقبوض على سوم
الشراء ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض
او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع
فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا وانما وجب الرد مؤنة كنفقة
المستعار فانها على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون
بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال وليس
للمستعير ان يؤاجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة
والشيء لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون
بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسده باب الاسترداد
الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه فان سلمه ضمن حين سلمه لانه اذا لم تصح الاعارة
كان غاصبا وان شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن

المستعير لا يرجع على المستأجر لأنه ظهر أنه أجر ملك نفسه وإن ضمن المستأجر يرجع
على الآجر إذا لم يعلم أنه عارية في يده دفعا للضرر المغرور بخلاف ما إذا علم **قال**
وكذا أن يعيره إذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي رح ليس له أن يعيره
لأنه إباحة المنافع على ما بيناه من قبل والمباح له لا يملك الإباحة وهذا لأن المنافع غير
قابلة للملك لكونها معدومة وإنما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة وقد
اندفعت بالإباحة هاهنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الإعارة كالموصى له
بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الإجارة فيجعل كذلك في الإعارة دفعا
للحاجة وإنما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لأنه رضي
باستعماله لا باستعمال غيره قال رض وهذا إذا صدرت الإعارة مطلقة
وهي على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع وللمستعير فيه
أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملا بالإطلاق والثاني أن تكون مقيدة
فيهما وليس له أن يجاوز فيه ما سماه عملا بالتقييد إلا إذا كان خلافا إلى مثل ذلك أو خير منه
والحنطة مثل الحنطة والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع
والرابع عكسه وليس له أن يتعدى ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل
ويعير غيره للحمل لأن الحمل لا يتفاوت وله أن يركب ويركب غيره وإن كان الركوب مختلفا
لأنه لما أطلق فله أن يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له أن يركب غيره لأنه تعين ركوبه
ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمنه لأنه تعين الإركاب **قال**
وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض لأن الإعارة
تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها فاقتضى تمليك العين
ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناهما فيثبت أو لأن من قضية الإعارة
الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه قالوا هذا إذا أطلق الإعارة
أما إذا عين الجهة بأن استعار دراهم ليعاير بها ميزانا أو يزين بها دكانا لم يكن
قرضا ولا يكون له إلا المنفعة المسماة وصار كما إذا استعار آنية يتجمل بها أو سيفا
محلى يتقلده **قال** وإذا استعار أرضا ليبني فيها أو ليغرس فيها جاز وللمعير أن
يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس أما الرجوع فلما بينا وأما الجواز فلأنها منفعة معلومة
تملك بالإجارة فكذا بالإعارة وإذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا أرض المعير
فيكلف تفريغها ثم إن لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لأن المستعير مغتر غير
مغرور حيث اعتمد إطلاق العقد من غير أن يسبق منه الوعد وإن كان وقت العارية
ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن

وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع لأنه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر
هو الوفاء بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر
الحاكم الشهيد رح أنه يضمن رب الأرض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان له إلا أن
يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لأنه ملكه قالوا إذا كان في القلع
ضرر بالأرض فالخيار إلى رب الأرض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترجيح
بالأصل ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أو لم يوقت
لأن له نهاية معلومة وفي الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس لأنه ليس له نهاية معلومة
فيقلع دفعا للضرر عن المالك **قال** وأجرة رد العارية على المستعير لأن الرد واجب
عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فيكون عليه وأجرة رد العين
المستأجرة على المؤجر لأن الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فإن منفعة
قبضه سالمة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب
لأن الواجب عليه الرد والإعادة إلى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه **قال**
وإذا استعار دابة فردها إلى إصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي
القياس يضمن لأنه ما ردها إلى مالكها بل ضيعها وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم
المتعارف لأن رد العواري إلى دار الملاك معتاد كآلة البيت ولو ردها إلى المالك
فالمالك يردها إلى المربط وإن استعار عبدا فرده إلى دار المالك ولم يسلمه إليه لم يضمن
لما بينا ولو رد العين المغصوبة أو الوديعة إلى دار المالك ولم يسلمها إليه ضمن لأن
الواجب على الغاصب فسخ فعله وذلك بالرد إلى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى
المالك بردها إلى الدار ولا إلى يد من في العيال لأنه لو ارتضاه لما أودعها إياه
بخلاف العواري لأن فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها إلا إلى المعير
لعدم ما ذكرناه من العرف **قال** ومن استعار دابة فردها مع عبده أو مع أجيره لم يضمن
والمراد بالأجير أن يكون مسانهة أو مشاهرة لأنها أمانة فله أن يحفظها بيد من في عياله
كما في الوديعة بخلاف الأجير مياومة لأنه ليس في عياله وكذا إذا ردها مع عبد رب الدابة
أو أجيره لأن المالك يرضى به ألا يرى أنه لو رده إليه فهو يرده إلى عبده وقيل هذا في
العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي غيره وهو الأصح لأنه إن كان لا يدفع إليه
دائما يدفع إليه أحيانا وإن ردها مع أجنبي ضمن ودلت المسألة على أن للمستعير أن يودع
الإيداع وهو كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لأنه دون الإعارة وأولوا
المسألة بانتهاء الإعارة لانقضاء المدة **قال** ومن أعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب إنك
أطعمتني عند أبي حنيفة رح وقالا يكتب إنك أعرتني لأن لفظ الإعارة موضوع له

والكتابة بالموضوع أولى كما في إعارة الدار وكذا لفظة الإطعام أدل على الحل لأنها لا تختص
الزراعة تنتظمها وغيرها كالبناء ونحوه وكانت الكتابة بها أولى بخلاف الدار لأنها لا تعار إلا للسكنى

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الإجماع ويصح بالإيجاب
والقبول والقبض أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول
والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا
بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه السلام لا تجوز الهبة إلا مقبوضة والمراد
نفي الملك لأن الجواز بدونه ثابت ولأنه تبرع وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع
لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لأن أوان ثبوت الملك فيها بعد الموت
ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها
فإن قبضه الموهوب له في المجلس بغير إذن الواهب جاز استحسانا وإن قبض بعد الافتراق
لم يجز إلا بإذن الواهب في القبض والقياس أن لا يجوز في الوجهين لأن القبض
تصرف في ملك الواهب إذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بغير إذنه ولنا أن القبض
بمنزلة القبول في الهبة من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه
إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق
لأنا إنما أثبتنا التسليط فيه إلحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما ألحق
به بخلاف ما إذا نهاه عن القبض في المجلس لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح **قال**
وينعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت لأن الأول صريح فيه والثاني مستعمل فيه
قال عليه السلام أكل أولادك نحلت مثل هذا وكذا الثالث يقال أعطاك الله ووهبك الله
بمعنى وكذا ينعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك
هذا الشيء وحملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحملان الهبة أما الأول فلأن الإطعام
إذا أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض
حيث يكون عارية لأن عينها لا تطعم وأما الثاني فلأن حرف اللام للتمليك وأما الثالث
فلقوله عليه السلام من أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذا إذا قال جعلت
هذه الدار لك عمرى لما قلنا وأما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون عارية
لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الأمير فلانا على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه عند نيته ولو قال
كسوتك هذا الثوب يكون هبة لأنه يراد به التمليك قال الله تعالى أو كسوتهم ويقال
كسا الأمير فلانا ثوبا أي ملكه منه ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما رويناه
من قبل ولو قال داري لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهي عارية لأن العارية محكم في

في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا إذا قال
عمري سكنى أو نحلى سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما قلنا ولو قال
هبة تسكنها فهي هبة لأن قوله تسكنها مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف
قوله هبة سكنى لأنه تفسير له **قال** ولا تجوز الهبة فيما يقسم إلا محوزة مقسومة وهبة
المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي رحمه الله يجوز في الوجهين لأنه عقد تمليك
فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه وهذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون
محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا أن القبض منصوص عليه
في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله إلا بضم غيره إليه وذلك غير موهوب ولأن
في تجويزه إلزامه شيئا لم يلتزمه وهو ضمان القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض
لئلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لأن القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولأنه لا يلزمه
مؤنة القسمة والمهايأة يلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية
ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض
فيها غير منصوص عليه ولأنها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض
تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين
على أن القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لأن الحكم يدار على
الشيوع **قال** ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فإن قسمه وسلمه
جاز لأن تمامه بالقبض وعنده لا شيوع **قال** ومن وهب دقيقا في حنطة أو دهنا
في سمسم فالهبة فاسدة فإن طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لأن الموهوب
معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا
فلا ينعقد إلا بالتجديد بخلاف ما تقدم لأن المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع
والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الأرض والتمر في النخل بمنزلة المشاع لأن
امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع **قال** وإذا كانت العين في يد
الموهوب له ملكها بالهبة وإن لم يجدد فيها قبضا لأن العين في قبضه والقبض هو الشرط
بخلاف ما إذا باعه منه لأن القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة أما قبض
الهبة غير مضمون فينوب عنه وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد
لأنه في قبض الأب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه
لأن يده كيده بخلاف ما إذا كان مرهونا أو مغصوبا أو مبيعا بيعا فاسدا لأنه في يد غيره
أو في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها
والأب ميت ولا وصي له وكذا كل من يعوله وإن وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الأب

لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع واذا وهب لليتيم هبة
فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم
مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جائز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه
وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا اذا كان في حجر
اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا يرى انه لا يتمكن اجنبي اخر ان ينزعه من يده فيملك
ما يتمحض نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع
في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها بعد الزفاف
لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه مع حضرة الاب
بخلاف الام وكل من يعولها غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة
منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره
لا ضرورة **قال** واذا وهب اثنان من واحد دارا جاز لانهما سلماها جملة وهو قد
قبضها جملة فلا شيوع وان وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رح وقالا يصح
لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين
وله ان هذه هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح ولان الملك
يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار
يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كملا ولهذا لو قضى
دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة
دراهم او وهبها لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز عند ابي حنيفة رح
وقالا يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الاخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد
تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل سوى فقال وكذلك
الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه
الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان
وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين
دارا لاحدهما ثلثاها وللاخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة رح وابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز
ولو قال لاحدهما نصفها وللاخر نصفها وعن ابي يوسف رح روايتان فابو حنيفة رح مر
على اصله وكذا محمد رح والفرق لابي يوسف رح ان بالتنصيص على الابعاض يظهر ان قصده
ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص على
الابعاض

باب الرجوع في الهبة

قال واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها
وقال الشافعي رح لا رجوع فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد
فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد
لولده على اصله لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عم الواهب احق بهبته ما لم
يثب منها اي لم يعوض لان المقصود بالهبة هو التعويض للعادة فتثبت له ولاية الفسخ
عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد الرجوع واثباته للوالد لانه
يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة
فلازمة لقوله عم العائد في هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع
موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او تزيد زيادة متصلة
لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها
تحت العقد **قال** او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة
فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو
ما اوجبه **قال** او تخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه
ولانه تجدد الملك بتجدد سببه **قال** فان وهب لاخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية
منها نخلا او بنى بيتا او دكانا او اريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع في شيء منها
لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا
حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد تكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها
فلا يمتنع الرجوع في غيرها **قال** فان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لان
الامتناع بقدر المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع في
كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع
فيها لقوله عم اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود صلة الرحم
وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين للاخر لان المقصود فيها الصلة كما في
القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها
فله الرجوع فلو ابانها بعدما وهبت فلا رجوع **قال** واذا قال الموهوب له للواهب
خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع
لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحدا وان عوضه اجنبي عن الموهوب له
متبرعا فقبض الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من
الاجنبي كبدل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه
لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان يرد ما بقي
ثم يرجع وقال زفر رح يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الاخر ولنا انه يصلح
عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض له الا هو الا انه يتخير

لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم فله ان يرده قال وان وهب
دارا فعوضه عن نصفها رجع في النصف الذي لم يعوضه لان المانع خص النصف
قال ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله
وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا او بالقضاء حتى لو كانت
الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا
اذا هلك في يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه
بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط
قبض الواهب ويصح في الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا حق الفسخ فكان بالفسخ
مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لان الحق
هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا قال واذا تلفت العين الموهوبة
او استحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع
فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب
الرجوع لا في غيره قال واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين
ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد
بالعيب وخيار الرؤية وتستحق فيه الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي
هو بيع ابتداء وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني
ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما امكن
عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يتراخى عن البيع
الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما
بخلاف بيع نفس العبد منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه قال
ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل
يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا
فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح
عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها
ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على ملكه فاشبه الاستثناء
ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن
تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول بملك المالك
فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او يتخذها ام ولد او وهب له دارا او تصدق
عليه بدار على ان يرد عليه شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل

لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى
ان النبي عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط
الفاسد في معنى الربا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات قال ومن له على اخر الف
درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت منها بريء او قال اذا اديت الي النصف فلك
النصف او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه
وهبة الدين ممن عليه ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا
ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على
القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق
فلا يتعداها قال والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده لما روينا ومعناها
ان يجعل داره له عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما روينا وقد بينا
ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما انه عليه السلام اجاز
العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة
كانه يراقب موته وهذا تعليق الملك بالخطر فبطل واذا لم تصح تكون عارية عندهما
لانها تتضمن اطلاق الانتفاع به **فصل في الصدقة** قال والصدقة كالهبة لا تصح الا
بالقبض لانه تبرع كالهبة ولا تجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع
في الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد
يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل
قال ومن نذر ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه
الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان
تكتسب فاذا اكتسب تصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل والله تعالى اعلم بالصواب

كتاب الاجارات

الاجارة عقد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يأبى
جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التمليك الى ما سيوجد
لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس وقد شهدت بصحتها الآثار وهو قوله عليه السلام
اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه وقوله عليه السلام من استأجر اجيرا فليعلمه اجره وتنعقد
ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة
العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا
حال وجود المنفعة ولا تصح حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا

ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة الثمن والمثمن في البيع
وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن
المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة ايضا كالاعيان وهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره
لانه عوض مالي والمنافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستيجار الدور للسكنى والارضين
للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة
فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة الى انه يجوز طالت
المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا تجوز الاجارة
الطويلة كيلا يدعي المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار **قال** وتارة
تصير معلومة بالتسمية كمن استاجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استاجر دابة
ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره
وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد
وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل كاستيجار القصار والخياط ولا بد
ان يكون العمل معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في اجير
الوحد ولا بد من بيان الوقت **قال** وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة
كمن استاجر رجلا لينقل هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا اراه ما ينقله والموضع
الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

قال الاجرة لا تجب بنفس العقد وتستحق باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل
من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي رح تملك بنفس العقد لان المنافع
المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل
ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا والعقد
معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي
في البدل الاخر واذا استوفي المنفعة ثبت الملك في الاجر لتحقق التسوية وكذا
اذا شرط التعجيل او عجل من غير شرط لان المساواة تثبت حقا له وقد ابطله واذا قبض المستاجر
الدار فعليه الاجرة وان لم يسكنها لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم
المحل مقامه اذ التمكن من الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت
الاجرة لان تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات
التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فتسقط الاجرة وان وجد الغصب في بعض المدة
سقط بقدره اذ الانفساخ في بعضها ومن استاجر دارا فللمؤجر ان يطالبه
باجر كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق بالعقد

بالعقد لانه بمنزلة التاجيل وكذلك اجارة الاراضي لما بينا ومن استاجر بعيرا الى مكة
فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود وكان ابو حنيفة رحمه الله
يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر رحمه الله
لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها كما اذا كان
المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس استحقاق الاجر ساعة
فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ لغيره
فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا **قال** وليس للقصار والخياط ان يطالب باجرة حتى يفرغ
من العمل لان العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت
المستاجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا **قال** الا ان يشترط التعجيل لما مر ان
الشرط فيه لازم ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق
الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق او سقط من يده
قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل التسليم فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر
لانه صار مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال رضي الله عنه وهذا عند
ابي حنيفة رح لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه
فلا يبرا الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ومن استاجر طباخا
ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف ومن استاجر انسانا ليضرب له لبنا
استحق الاجرة اذا اقامه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يستحقها حتى يشرجه لان التشريج من تمام
العمل اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار كاخراج الخبز من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه
عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة رح ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل
زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة
لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج **قال** وكل صانع لعمله اثر
في العين كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه
وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع
لا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له
لهلاك المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد رح العين كانت مضمونة
قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له وان شاء
ضمنه معمولا وله الاجر وسنبينه من بعد ان شاء الله تعالى وكل صانع ليس لعمله اثر في
العين فليس له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو
غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحمل

وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا أجر لعمله لأنه كان
على شرف الهلاك وقد أحياه فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرناه مذهب
علمائنا الثلاثة رح وقال زفر رح ليس له حق الحبس في الوجهين لأنه وقع التسليم
باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا أن الاتصال بالمحل ضرورة إقامة العمل
فلم يكن هو راضيا به من حيث إنه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما إذا قبض المشتري
بغير رضاء البائع **قال** وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره
لأن المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وإن أطلق له العمل
فله أن يستأجر من يعمله لأن المستحق عمل في ذمته ويمكن إيفاؤه بنفسه وبالاستعانة
بغيره بمنزلة إيفاء الدين **فصل** ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة فيجيء بعياله
فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الأجر بحسابه لأنه أوفى بعض المعقود
عليه فيستحق العوض بقدره ومراده إذا كانوا معلومين وإن استأجره ليذهب
بكتابه إلى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا أجر له وهذا
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد رح له الأجر في الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه
وهو قطع المسافة وهذا لأن الأجر مقابل بما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة
مؤنته ولهما أن المعقود عليه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم
بما في الكتاب لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كما في الطعام وهي المسألة
التي تليه هذه المسألة وإن ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالإجماع
لأن الحمل لم ينتقض وإن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا
ميتا فرده فلا أجر له في قولهم جميعا لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام
بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد رح لأن المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر

باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وإن لم يبين ما يعمل فيها لأن العمل
المتعارف فيها السكنى فينصرف إليه وأنه لا يتفاوت فصح العقد وله أن يعمل كل شيء
للإطلاق إلا أنه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا لأن فيه ضررا ظاهرا لأنه يوهن
البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة **قال** ويجوز استئجار الأراضي للزراعة لأنه منفعة
مقصودة معهودة فيها وللمستأجر الشرب والطريق لأن الإجارة تعقد للانتفاع
ولا انتفاع إلا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لأن المقصود منه ملك الرقبة
لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والأرض السبخة فلا يدخلان فيه من غير
ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لأنها قد

تستأجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة
أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء لأنه لما فوض الخيرة إليه ارتفعت الجهالة المفضية إلى المنازعة
قال ويجوز أن يستأجر الساحة ليبني فيها أو ليغرس فيها نخلا أو شجرا لأنها منفعة تقصد بالأراضي
ثم إذا انقضت مدة الإجارة لزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها فارغة لأنه لا نهاية لهما
ففي إبقائهما إضرار بصاحب الأرض بخلاف ما إذا انقضت والزرع بقل حيث يترك بأجر
المثل إلى زمان الإدراك لأن لها نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين **قال** إلا أن يختار
صاحب الأرض أن يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه وهذا برضا صاحب الغرس و
الشجر إلا أن تنقص الأرض بقلعهما فحينئذ يتملكها بغير رضاه **قال** أو يرضى بتركه
على حاله فيكون البناء لهذا والأرض لهذا لأن الحق له فله أن لا يستوفيه **قال**
وفي الجامع الصغير إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض رطبة فإنها تقلع لأن
الرطاب لا نهاية لها فأشبه الشجر **قال** ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل عليها
لأنه منفعة معهودة معلومة فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء عملا بالإطلاق
ولكن إذا ركب بنفسه أو أركب واحدا ليس له أن يركب غيره لأنه تعين مرادا من الأصل
والناس يتفاوتون في الركوب فصار كأنه نص على ركوبه وكذلك إذا استأجر ثوبا
للبس وأطلق فيما ذكرنا لإطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس **قال** وإن قال
على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فعطبت كان ضامنا
لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له أن يتعداه وكذلك
كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل
إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره لأن التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي
يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا **قال** وإن سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل أن يقول
خمسة أقفزة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر أو أقل كالشعير والسمسم
لأنه دخل تحت الإذن لعدم التفاوت أو لكونه خيرا من الأول وليس له أن يحمل ما هو
أضر من الحنطة كالملح والحديد لانعدام الرضا فيه وإن استأجرها ليحمل عليها قطنا
سماه فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا لأنه ربما يكون أضر بالدابة فإن الحديد
يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهره **قال** وإن استأجرها ليركبها فأردف
معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل لأن الدابة قد يعقرها جهل
الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولأن الآدمي غير موزون
فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات وإن استأجرها
ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لأنه عطب

باهو مادون ذلك ومع حيث والتسبب لنقل فانقسم عليها الا اذا كان حاصلا
لا يطيقه مثل ذلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه
عن العادة واذا كبح الدابة بلجامها او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رح وقالا
لا يضمن اذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان
حاصلا باذنه فلا يضمنه ولابي حنيفة رح ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق
السوق بدونه وانما هما للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق
وان استاجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت
فهو ضامن وكذلك العارية قيل تاويل هذه المسئلة اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا
لينتهي العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معنى
اما اذا استاجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد
الى الوفاق وقيل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع مامور بالحفظ مقصودا
فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى نائب المالك وفي الاجارة
والعارية يصير الحفظ مامورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فاذا انقطع الاستعمال
لم يبق هو نائبا فلا يبرا بالعود وهذا اصح ومن اكترى حمارا بسرج فنزع السرج
واسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان يماثل الاول تناوله اذن المالك
اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة
وان كان لا يسرج بمثله ضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفا وان اوكفه باكاف
لا يوكف بمثله الحمر ضمن عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن بحسابه لانه اذا كان يوكف بمثله الحمر كان
هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن
الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولابي حنيفة
ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط احدهما على ظهر الدابة
ما لا ينبسط عليه الاخر فيكون مخالفا كما اذا حمل الحديد وقد شرط له الحنطة وان استاجر
حمالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع
فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لانه عند ذلك
التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فانه مفيد الا ان الظاهر
عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان كان طريقا لا يسلكه الناس
فهلك ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى
وان بقيت صورة **قال** وان حمله في البحر فيما يحمله الناس ضمن لفحش التفاوت بين البر
والبحر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا لنزرعها

ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار
عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن ما نقصها ولا اجر لانه
غاصب للارض على ما قررناه ومن دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء
فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما قيل
معنى القرطق الذي هو ذو طاق لانه يستعمل استعمال القباء وعن ابي حنيفة رح
انه يضمن من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص وجه الظاهر انه قميص من وجه لانه
يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى اي الجهتين
شاء الا انه يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم
المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما نبينه في بابه ان شاء الله تعالى
ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح
انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار كما اذا امر بضرب طست من شبه فضرب
منه كوزا فانه يخير كما هذا

باب الاجارة الفاسدة

قال الاجارة تفسدها
الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة
الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى وقال زفر والشافعي رح يجب بالغا ما بلغ
اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة
الناس اليها فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له ويعتبر
ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا
الزيادة واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع
لان العين متقوم في نفسه وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية انتقل عنه
والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في
بقية الشهور الا ان يسمي جملة شهور معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت
على ما لا نهاية له ينصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما
فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح
ولو سمى جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة **قال** فان سكن ساعة
من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر ان يخرجه الى ان ينقضي وكذلك
كل شهر سكن في اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي
ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى
الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار الاول
بعض الحرج وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يسم قسط كل شهر من الاجرة

لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة مما سمي وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجره لان الاوقات كلها في حق الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي ليس بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف رح وعند محمد رح وهو رواية عن ابي يوسف رح الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة وهي في الاول منها كذا انه يعتبر الاول بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة فكذا الى اخر السنة ونظيره العدة وقد عرف في الطلاق **قال** ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف الناس فلم يعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه السلام ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي عن النبي عم انه احتجم واعطى الحجام الاجرة ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا **قال** ولا يجوز اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يواجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عم ان من السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجرة عليه **قال** ولا يجوز الاستيجار على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي رح يصح في كل ما لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عم اقرؤا القرآن ولا تاكلوا به وفي اخر ما عهد رسول الله عم الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا يعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى **قال** ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد **قال** ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة رح الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته ان يواجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا اجر من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة انه اجر ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن

ولا تمكن في المشاع بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا اجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على انه لا يصح في رواية الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطارئ لان القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء وبخلاف ما اذا اجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما طارئ **قال** ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن ولان التعامل كان جاريا به على عهد رسول الله عم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها للصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد الاجارة لا ينعقد على اتلاف الاعيان مقصودا كما اذا استاجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الارضاع بلبن الشاة ان شاء الله تعالى واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة **قال** ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استاجرها للخبز والطبخ ولابي حنيفة ان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز وغيره لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة واجلها وذرعها فهو جائز يعني بالاجماع ومعنى تسميته الطعام دراهم ان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز ايضا لما قلنا ولا يشترط تاجيله لان اوصافها اثمان ويشترط بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة رح خلافا لهما وقد عرف في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان الاجل ايضا مع بيان القدر والجنس لانه انما يصير دينا في الذمة اذا صار مبيعا وانما يصير مبيعا عند الاجل كما في السلم وليس للمستاجر ان يمنع زوجها من وطئها لان الوطء حق الزوج فلا يتمكن من ابطال حقه الا ترى ان له ان يفسخ الاجارة اذا لم يعلم به صيانة لحقه الا ان المستاجر يمنعه غشيانها في منزله لان المنزل حقه فان حبلت كان لهم ان يفسخوا الاجارة اذا خافوا على الصبي من لبنها لان لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ اذا مرضت ايضا وعليها ان تصلح طعام الصبي لان العمل عليها والحاصل انه يعتبر فيما لا نص عليه العرف في مثل هذا الباب كما جرى به العرف

من غسل ثياب الصبي واصلاح الطعام وغير ذلك على الاظئار اما الطعام فعلى والد الولد
وما ذكر محمد رح ان الدهن والريحان على الظئر فذلك من عادة اهل الكوفة وان ارضعته
في المدة بلبن شاة فلا اجر لها لانها لم تات بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار
وليس بارضاع فانما لم يجب الاجر هنا لانه اختلف العمل ومن دفع الى حائك غزلا
لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استاجر حمارا يحمل عليه طعاما بقفيز منه فالاجارة
فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه النبي عم
وهو ان يستاجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به
فساد كثير من الاجارات سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستاجر عاجز عن تسليم الاجر وهو
بعض المنسوج او المحمول اذ حصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا
بخلاف ما اذا استاجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب الاجر لان المستاجر
ملك الاجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استاجر رجلا ليحمل طعاما مشتركا
بينهما لا يجب الاجر لانه ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه
قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن اجر المثل
لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ
عند محمد رح لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الحط قال ومن استاجر رجلا ليخبز له
هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف
ومحمد رح في الاجارات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستعجال
تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب
كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع
المستاجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة رح
انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمي عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل
بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق ومن استاجر ارضا على ان يكربها ويزرعها
او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا تتاتى الزراعة
الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات
العقد فذكره لا يوجب الفساد فان شرط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها
فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤاجر الارض يصير مستاجرا
منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة وهو منهي عنه
ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل ان يكربها مرتين وهذا

وهذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة ولو كانت
ثلث سنين لا يبقى للتثنية منفعة وليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد
منها الانهار العظام هو الصحيح لانه يبقى منفعته في العام المقابل قال
وان استاجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رح
هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب بالركوب
له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير دينا
بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهي بالقوهي
نسيئة والى هذا اشار محمد رح ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة
ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال واذا كان الطعام
بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه فحمل الطعام
كله فلا اجر له وقال الشافعي رح له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين
شايعا جائز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها
الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره على عمل لا وجود له
لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشايع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور
تسليم المعقود عليه فلا يجب الاجر ولانه ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون
عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك
المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه
انما هو ملك نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشايع ومن استاجر
ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض
تستاجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض
وما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل
فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لانه وقع فاسدا
فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب
جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل المجهول
قبل مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم
ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في بعض الطريق فلا ضمان عليه لان العين
المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة فاسدة فان بلغ بغداد فله
الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه
وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد والله اعلم

باب ضمان الأجير

قال الأجراء على ضربين أجير مشترك وأجير خاص فالمشترك من لا يستحق الأجرة حتى يعمل
كالصباغ والقصار لأن المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لأن منافعه لم
تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه يسمى مشتركا قال والمتاع أمانة في يده إن هلك لم يضمن
شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالحريق الغالب
والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك ولأن الحفظ
مستحق عليه إذ لا يمكنه العمل إلا به فإذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة
كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة إذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت
حتف أنفه والحريق الغالب وغيره لأنه لا تقصير من جهته ولأبي حنيفة رحمه الله أن العين أمانة
في يده لأن القبض حصل بإذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لا يضمنه ولو كان
مضمونا لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله
الأجر بخلاف المودع بأجر لأن الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الأجر قال وما تلف
بعمله كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل
وغرق السفينة من مده مضمون عليه وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا ضمان عليه لأنه أمر بالفعل
مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كأجير الوحد ومعين القصار ولنا
أن الداخل تحت الإذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لأنه هو الوسيلة
إلى الأثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الأجر فلم يكن المفسد مأذونا
فيه بخلاف المعين لأنه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لأنه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه
يعمل بالأجر فأمكن تقييده به وبخلاف أجير الوحد على ما نذكره إن شاء الله تعالى
وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال إلا أنه لا يضمن به بني آدم ممن غرق
في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده لأن الواجب ضمان الآدمي وأنه
لا يجب بالعقد وإنما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة
قال وإذا استأجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فإن شاء ضمنه
قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له وإن شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر
بحسابه أما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه
وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء
من هذا الوجه وفيه وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بإذنه فلم يكن تعديا وإنما صار
تعديا عند الكسر فيميل إلى أي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الأجر بقدر ما استوفى
وفي الأول لا أجر له لأنه ما استوفى أصلا قال وإذا فصد الفصاد أو بزغ البزاغ ولم

يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار
بزغ دابة بدانق فنفقت أو حجام حجم عبدا بإذن مولاه فمات فلا ضمان عليه وفي كل واحد
من العبارتين نوع بيان ووجهه أنه لا يمكنه التحرز عن السراية لأنه يبتني على قوة الطباع
وضعفها في تحمل الألم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه
لأن قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد قال والأجير الخاص
الذي يستحق الأجرة بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعي الغنم
وإنما سمي أجير وحد لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه في المدة صارت مستحقة له والأجر
مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الأجر مستحقا وإن نقض العمل قال ولا ضمان على الأجير الخاص
فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله أما الأول فلأن العين أمانة في يده لأنه قبض بإذنه وهذا
ظاهر عنده وكذا عندهما لأن تضمين الأجير المشترك نوع استحسان عندهما لصيانة أموال
الناس وأجير الوحد لا يتقبل الأعمال فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس
وأما الثاني فلأن المنافع متى صارت مملوكة للمستأجر فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح
ويصير نائبا منابه فصار فعله منقولا إليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه والله أعلم

باب الإجارة على أحد الشرطين

قال وإذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وإن خطته روميا
فبدرهمين جاز وأي عمل من هذين العملين عمل استحق الأجر به وكذا إذا قال للصباغ
إن صبغته بعصفر فبدرهم وإن صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا إذا خيره بين
شيئين بأن قال أجرتك هذه الدار شهرا بخمسة أو هذه الدار الأخرى بعشرة وكذا
إذا خيره بين مسافتين مختلفتين بأن قال أجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بكذا أو إلى
واسط بكذا وكذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء وإن خيره بين أربعة لم يجز والمعتبر في
جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الإجارة
لا يشترط ذلك لأن الأجر إنما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما وفي
البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة إلا بإثبات
الخيار ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غدا فبنصف درهم فإن خاطه اليوم
فله درهم وإن خاطه غدا فله أجر المثل عند أبي حنيفة رحمه الله لا يجاوز به نصف درهم وفي
الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله
الشرطان جائزان وقال زفر رحمه الله الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد وقد ذكر في
مقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لأن ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للترفيه
فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع

في كل يوم تسمية على حدة لان التعجيل والتاخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين ولابي حنيفة
ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التاقيت لان فيه فساد العقد
لاجتماع الوقت والعمل واذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح اليوم الاول
ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى
في اليوم الثاني وفي الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم
لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فيعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية
الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند
ابي حنيفة رح هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتاخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد
الغد اولى قال ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنت حدادا
فبدرهمين جاز واي الامرين فعل استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رح وقالا الاجارة
فاسدة وكذلك اذا استاجر بيتا على انه ان سكن فيه عطارا فبدرهم وان اسكن فيه حدادا
فبدرهمين فهو جائز عند ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز ومن استاجر دابة الى الحيرة
فبدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استاجرها
الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم وان حمل عليها كر حنطة فبدرهم
فهو جائز في قول ابي حنيفة رح وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود عليه احد الشيئين
وكذا الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخياطة الرومية
والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة اما في هذه المسائل يجب الاجر
بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولابي حنيفة رح
انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسئلة الرومية والفارسية
وهذا لان سكناه بنفسه يخالف اسكانه الحداد الا يرى انه لا يدخل ذلك في مطلق
العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد للانتفاع وعنده ترتفع الجهالة
ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين للتيقن به والله اعلم

باب اجارة العبد

ومن استاجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة السفر
اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد
من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين
ظاهر فاذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب ومن استاجر
عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس للمستاجر ان ياخذ منه الاجر واصله ان
الاجارة صحيحة استحسانا اذا فرغ من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى

وقيام الحجر وصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار
الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع ماذون فيه كقبول الهبة
واذا جاز لم يكن للمستاجر ان ياخذ منه ومن غصب عبدا فآجر العبد نفسه فاخذ الغاصب
الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رح وقالا هو ضامن لانه اكل مال المالك بغير
اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر ولابي حنيفة ان الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به
وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وان
وجد المولى الاجر قائما بعينه اخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر
في قولهم جميعا لانه ماذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استاجر عبدا
هذين الشهرين شهرا باربعة وشهرا بخمسة فهو جائز والاول منهما باربعة لان
الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للجواز او نظرا الى تنجز الحاجة فينصرف الثاني
الى ما يلي الاول ضرورة ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه في اول الشهر ثم جاء آخر الشهر
وهو آبق او مريض فقال ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل
ان تاتيني بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر
لانهما اختلفا في امر يحتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو دليل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا
وان لم يصلح حجة في نفسه واصله الاختلاف في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه والله اعلم

باب الاختلاف

قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال
الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر
وقال الصباغ لا بل امرتني اصفر فالقول قول صاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته
الا يرى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه
انكر شيئا لو اقر به لزمه واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما شرحناه من قبل انه بالخيار
ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير في مسئلة الصبغ اذا حلف
ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به
المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب وان قال
صاحب الثوب عملته لي بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب
عند ابي حنيفة رح لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع
يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل حريفا له اي خليطا له
فله الاجر والا فلا لانه سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما
وقال محمد رح ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه

لما فيه من المخالفة لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله
أبو حنيفة رحمه الله لأنه متيقن والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة هنا إلى الاستحقاق

باب فسخ الإجارة

قال ومن استأجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لأن المعقود عليه المنافع
وأنها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع
ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع ثم إن فعل
المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لزوال سببه قال وإذا خربت الدار أو انقطع
شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحى انفسخت الإجارة لأن المعقود عليه قد فات
وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر
ومن أصحابنا من قال إن العقد لا ينفسخ لأن المنافع فاتت على وجه يتصور عودها
فأشبه الإباق في المبيع وعن محمد أن الآجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمتنع ولا للآجر وهذا
تنصيص منه على أنه لم ينفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به لغير
الطحن فعليه من الأجر بحصته لأنه جزء من المعقود عليه قال وإذا مات أحد المتعاقدين
وقد عقد الإجارة لنفسه انفسخت لأنه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة أو الأجرة
المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لأنه ينتقل بالموت إلى الوارث وذلك لا يجوز
وإن عقدها لغيره لم ينفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما أشرنا
إليه من المعنى قال ويصح شرط الخيار في الإجارة وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لأن المستأجر
لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه
التسليم أيضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض
فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع دفع الحاجة وفوات بعض المعقود
عليه في الإجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لأن رد
الكل ممكن في البيع دون الإجارة فيشترط فيه دونه ولهذا يجبر المستأجر على القبض
إذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة قال وتفسخ الإجارة بالأعذار عندنا وقال
الشافعي رحمه الله لا تفسخ إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد
عليها فأشبه البيع ولنا أن المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر
في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتنفسخ به إذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد
عن المضي في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهذا هو معنى العذر عندنا
وهو كمن استأجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع به فسكن الوجع أو استأجر طباخا
ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه تنفسخ الإجارة لأن في المضي عليه إلزام ضرر

زائد لم يستحق بالعقد وكذا من استأجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من آجر
دكانا أو دارا ثم أفلس ولزمته ديون لا يقدر على قضائها إلا بثمن ما آجر فسخ القاضي العقد
وباعها في الديون لأن في الجري على موجب العقد إلزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو
الحبس لأنه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله فسخ القاضي إشارة إلى أنه يفتقر إلى قضاء
القاضي في النقض وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه
عذر فإن الإجارة فيه تنتقض وهذا يدل على أنه لا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي ووجهه
أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الأول أنه
فصل مجتهد فيه فلا بد من إلزام القاضي ومنهم من وفق فقال إذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج
إلى القضاء وإن كان غير ظاهر كالدين يحتاج إلى القضاء لظهور العذر ومن استأجر دابة ليسافر
عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لأنه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لأنه ربما يذهب
للحج فذهب وقته أو في طلب غريمه فحضر أو للتجارة فافتقر وإن بدا للمكاري فليس ذلك بعذر
لأنه يمكنه أن يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره ولو مرض المؤجر فقعد فكذلك
الجواب على رواية الأصل وروى الكرخي أنه عذر لأنه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند
الضرورة دون الاختيار ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر لأنه لا يلزمه الضرر بالمضي
على موجب العقد إنما يفوته الاسترباح وأنه أمر زائد وإذا استأجر الخياط غلاما فأفلس وترك
العمل فهو عذر لأنه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس
ماله وتأويل المسألة خياط يعمل لنفسه أما الخياط الذي يخيط بأجر فرأس ماله الخيط و
المخيط والمقراض فلا يتحقق الإفلاس فيه وإن أراد ترك الخياطة وأن يعمل في الصرف
فليس بعذر لأنه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف بناحية
وهذا بخلاف ما إذا استأجره دكانا للخياطة فأراد أن يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله
عذرا ذكره في الأصل لأن الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين أما ههنا العامل شخصان فأمكنهما
ومن استأجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر لأنه لا يعرى عن إلزام ضرر زائد
لأن خدمة السفر أشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا
وكذا إذا أطلق لما أنه يتقيد بالحضر بخلاف ما إذا آجر العقار ثم سافر لأنه لا ضرر إذ المستأجر
يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع
من السفر أو إلزام الأجر بدون السكنى وذلك ضرر

مسائل منثورة

قال ومن استأجر أرضا أو استعارها فأحرق الحصائد فاحترق شيء في أرض غيره فلا ضمان
عليه لأنه غير متعد في هذا التسبيب فأشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا إذا كانت
الرياح هادئة ثم تغيرت أما إذا كانت مضطربة يضمن لأنه موقد النار يعلم أنها

لا يستقر في الارض قال واذا اقعد الخياط والصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف
فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل
فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل قال ومن استأجر جملا يحمل عليه محملا
وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي رح للجهالة
وقد تفضي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل
تابع له وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا
لم ير الوطاء والدثر قال وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه انفى للجهالة واقرب الى تحقق
الرضا قال وان استأجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فاكل منه في الطريق جاز له ان يرد عوض
ما اكل لانه استحق عليه حملا مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل
والموزون ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق والله اعلم

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا اما الجواز
فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وانما
هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية
معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان
يضر بهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما اشتراط قبول العبد فلانه
مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام ايما عبد كوتب
على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام المكاتب عبد ما بقي
عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة وما اخترناه قول زيد رض ويعتق باداءه وان لم يقل المولى
اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع ولا يجب حط
شيء من البدل اعتبارا بالبيع قال ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما
وقال الشافعي رح لا يجوز حالا ولا بد من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم
الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل
الاقدام على العقد عليها فيثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة
والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم
على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة
فيمهله المولى ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء
يرد في الرق قال ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل الشراء والبيع لتحقق
الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي رح

يخالفنا فيه وهو بناء على مسئلة اذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل
البيع والشراء لان القبول لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق
ويسترد ما دفع ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا وآخره كذا
فاذا اديتها فانت حر فان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة
ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية ابي سليمان لان التنجيم
يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص لا يكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق
بالاداء مرة قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج من ملكه اما الخروج
من يده فليتحقق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقق
مقصود الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه المولى
واما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة ومبناه على المساواة وينعدم ذلك
بتنجيز العتق ويتحقق بتأخيره لانه ثبت له نوع مالكية وثبت له في الذمة حق من وجه
فان اعتقه عتق بعتقه لانه مالك لرقبته وسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه
الا مقابلا بحصول العتق وقد حصل دونه قال واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر
لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول الى البدل
من جانبه والى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان
حتى عليها او على ولدها لزمته الجناية لما بينا وان اتلف مالها غرم لان المولى كالاجنبي
في حق اكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

واذا كاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر
والخنزير لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني
فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما اذا كاتب على ثوب
او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب للقيمة قال فان
ادى الخمر عتق وقال زفر رح لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل هو القيمة وعن
ابي يوسف رح انه يعتق باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل
معنى وعن ابي حنيفة رح انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر لانه حينئذ
يكون العتق بالشرط فصار كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا فصل في ظاهر الرواية
ووجه الفرق بينهما وبين الميتة ان الخمر والخنزير مال في الجملة فامكن اعتبار معنى
العقد فيه وموجبه العتق عند اداء البدل المشروط اما الميتة فليس بمال اصلا
فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه

وإذا أعتق بأداء عين الخمر لأنه شرط ويسعى في قيمته لأنه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد
وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد إذا تلف المبيع ولا ينقص
عن المسمى ويزاد عليه لأنه عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت
كما في البيع الفاسد وهذا لأن المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا
يبطل حقه في العتق أصلاً فيجب القيمة بالغة ما بلغت وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق
بأداء القيمة لأنه هو البدل وأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد بخلاف
ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لأنه لا يوقف فيه على مراد العاقد
لاختلاف أجناسه فلا يثبت العتق بدون إرادته **قال** وكذلك إن كاتبه على شيء بعينه
لغيره لم يجز لأنه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبتك
على هذه الألف الدراهم وهي لغيره جاز لأنها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم
دين في الذمة فيجوز وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجوز حتى لو ملكه وسلم يعتق
وإن عجز يرد في الرق لأن المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأشبه الصداق
قلنا إن العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة إذا كان
العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لأن القدرة على ما هو المقصود
بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع أولى ولو أجاز صاحب العين ذلك فعن محمد رحمه الله
أنه يجوز لأنه يجوز البيع عند الإجازة فالكتابة أولى وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز اعتباراً
بحال عدم الإجازة على ما قال في الكتاب والجامع بينهما أنه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود
لأنه ثبت لتمكنه من الأداء منها ولا حاجة فيما إذا كان البدل عيناً والمسألة فيه على ما بيناه
وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عينه
وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح والجامع صحة التسمية لكونه مالاً ولو ملك
المكاتب ذلك العين فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا أداه لا يعتق وعلى هذه الرواية
لم ينعقد العقد إلا إذا قال له إذا أديت إلي فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط
وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتق قال ذلك أو لم يقل لأن العقد ينعقد مع الفساد لكون
المسمى مالاً فيعتق بأداء المشروط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان
وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهي **قال** وإن كاتبه على مائة دينار على أن
يرد المولى إليه عبداً بغير عينه فالكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف
هي جائزة ويقسم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها حصة
العبد ويكون مكاتباً بما بقي لأن العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف إلى الوسط
فكذا يصلح مستثنى منه وهو الأصل في أبدال العقود ولهما أنه لا يستثنى العبد

من الدنانير وإنما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلاً فكذلك مستثنى **قال** وإذا كاتبه
على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة ومعناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة
وينصرف إلى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر في النكاح أما إذا لم يبين الجنس مثل
أن يقول دابة لا يجوز لأنه يشمل أجناساً مختلفة فيتفاحش الجهالة وإذا بين الجنس
كالعبد والوصف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر جهالة البدل
بجهالة الأجل فيه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لأنه معاوضة فأشبه البيع
ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبه النكاح
والجامع أنه يبنى على المسامحة بخلاف البيع لأنه مبني على المماكسة **قال** وإذا كاتب
النصراني عبده على خمر فهو جائز معناه إذا كان مقداراً معلوماً والعبد كافراً لأنها مال في حقهم
بمنزلة الخل في حقنا وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر لأنه عجز عن تسليم الخمر لأن المسلم
ممنوع عن تمليك الخمر وتملكه وفي التسليم ذلك إذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب
عليه قيمته وهذا بخلاف ما إذا تبايع الذميان خمراً ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيع على
ما قاله البعض لأن القيمة يصلح بدلاً في الكتابة في الجملة فإنه لو كاتبه على وصيف
وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز أن يبقى العقد على القيمة أما البيع لا ينعقد صحيحاً
على القيمة فافترقا **قال** فإذا قبضها عتق لأن في الكتابة معنى المعاوضة فإذا وصل
أحد العوضين إلى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما إذا كان
العبد مسلماً حيث لم يجز الكتابة لأن المسلم ليس من أهل التزام الخمر ولو أداها عتق
وقد بيناه من قبل

باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء
والسفر لأن موجب الكتابة أن يصير حراً يداً وذلك بمالكية التصرف مستبداً به تصرفاً
يوصل به إلى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا
السفر لأن التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج إلى المسافرة ويملك البيع بالمحاباة
لأنه من صنيع التجار فإن التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في أخرى **قال** فإن شرط
عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحساناً لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد
وهو مالكية اليد على وجه الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح
العقد لأنه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لأن الكتابة
تشبه البيع وتشبه النكاح فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد كما إذا شرط
خدمة مجهولة لأنه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن في صلبه هذا هو الأصل أو نقول
إن الكتابة في جانب العبد إعتاق لأنه إسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر
إعتاقاً في حق هذا الشرط والإعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة **قال** ولا يتزوج

الا باذن المولى لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج
ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير
لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات التجارة
لانه لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته
وتوابعه ولا يتكفل لانه تبرع محض وليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه
نفسا ولا مالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض لانه تبرع وليس من توابع الاكتساب فان
وهب على عوض لم يصح لانه تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك
به المهر فدخل تحت العقد **قال** وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز وهو قول
زفر والشافعي لان مآله العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق على مال وجه الاستحسان
انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع
لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي
ثم هو يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب فوق ما هو
ثابت له **قال** فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك
ويصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية
اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل
الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق وان ادى الثاني بعد عتق
الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له **قال** وان
اعتق عبده على مال او باعه من نفسه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب
ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس
وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له
وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر
قال وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب
كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا له ولا نظر فيما سواهما والولاية نظرية
قال واما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه
على المكاتب واعتبره بالاجارة ولهما ان المأذون له يملك التجارة وهذا ليس بتجارة
فاما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة
دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد **فصل**
واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من

اهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا يرى ان الحر متى كان يملك
الاعتاق يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة
وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفترقان في الحر في حق الحرية
وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على
الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي في غيرهما حتى لا يجب نفقة الاخ الا على الموسر
ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في
العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد
الشريكين اذا كاتب كان للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه **قال** واذا اشترى
ام ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها معناه اذا كان معها ولدها اما دخول الولد
في الكتابة فلما ذكرنا واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام اعتقها
ولدها وان لم يكن معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ الا انه
ثبت هذا الحق فيها اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت
ابتداء والقياس ينفيه وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشتري
وكان حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسبه فيكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع
بالدعوة اختصاصه وكذلك اذا ولدت المكاتبة ولدا لان حق امتناع البيع ثابت
فيهما مؤكدا فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد **قال** ومن زوج امته من عبده
ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها لان تبعية الام ارجح ولهذا
يتبعها في الرق والحرية وان تزوج المكاتب باذن مولاه امرأة زعمت انها حرة فولدت منه
ثم استحقت فاولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزوج
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله اولادها احرار بالقيمة لانه شارك
الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لينال
حرية الاولاد ولهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد
يتبع الام في الرق والحرية خالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة وهذا ليس في
معناه لان حق المولى هنالك مجبور بقيمة ناجزة وههنا بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق
فيبقى على الاصل ولا يلحق به **قال** وان وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى
ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في المكاتبة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق
وكذلك المأذون له ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة
وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما سقط الحد
وما لم يسقط الحد لا يجب العقر اما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب

في شيء فلا ينتظمه الكتابة كالكفالة **قال** وإذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها
فردها أخذ بالعقر في المكاتبة وكذلك العبد المأذون له لأنه من باب التجارة فإن التصرف
تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والإذن ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل
ظاهرا في حق المولى **فصل** وإذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار إن شاءت مضت
على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد له لأنه تلقتها جهتا حرية عاجل
وآجل ببدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لأن المولى يملك الإعتاق
في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة وإذا مضت على الكتابة
أخذت العقر من مولاها لاختصاصها بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم إن مات المولى عتقت
بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة وإن ماتت هي وتركت مالا تؤدي مكاتبتها
وما بقي ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة فإن لم تترك مالا فلا سعاية على الولد
حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى إلا بدعوة لحرمة وطئها عليه فلو لم يدع ومات
من غير وفاء سعى هذا الولد لأنه مكاتب تبعا لها ولو عتقه المولى بعد ذلك عتق وبطل
السعاية لأنه بمنزلة أم الولد إذ هو ولدها فيتبعها **قال** وإذا كاتب المولى أم ولده جاز
لحاجتها إلى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لأنه
جهتا حرية فإن مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط
بدل الكتابة لأن الغرض من إيجاب البدل العتق عند الأداء فإذا عتقت قبله لا يمكن توفير
الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع إبقائها من غير فائدة غير أنه تسلم لها
الأكساب والأولاد لأن الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الأولاد
لأن الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرنا ولو أدت المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة
لأنها باقية وإن كاتب مدبرته جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي إذ الحرية غير ثابتة
وإنما الثابت مجرد الاستحقاق وإن مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين أن
في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة وهذا عند أبي حنيفة رح وقال أبو يوسف رح تسعى
في الأقل منهما وقال محمد رح تسعى في الأقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة فالخلاف
في الخيار والمقدار فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي الخيار أما الخيار
ففرع تجزي الإعتاق فعنده لما تجزى بقي الثلثان عبدا وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين
معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة
وجب عليها أحد المالين فتختار الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير وأما المقدار فلمحمد رح
أنه قابل البدل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته
ألا يرى أنه لو سلم لها الكل بأن خرج من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط

الثلث وصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما أن جميع البدل مقابل بثلثي
رقبتها فلا يسقط شيء منه وهذا لأن البدل وإن قوبل بالكل صورة وصيغة
لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادة لأنها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر
أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته وصار كما إذا طلق امرأته
ثم طلقها ثلثا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لدلالة الإرادة
كذا ههنا بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة وهي المسألة التي تليه لأن البدل مقابل بالكل
إذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا **قال** وإذا دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا
ولها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة
لأن الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا
مال له غيرها فهي بالخيار إن شاءت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة
وقالا تسعى في الأقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا أما المقدار
فمتفق عليه ووجهه ما بينا **قال** وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق بإعتاقه لقيام ملكه فيه
وسقط بدل الكتابة لأنه ما التزمه إلا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا
والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى لكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه
توسلا إلى عتقه بغير بدل مع سلامة الأكساب له لأنا نبقي الكتابة في حقه **قال**
وإن كاتبه على ألف درهم إلى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز وفي القياس
لا يجوز لأنه اعتياض عن الأجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ولهذا لا يجوز
مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه
لا يقدر على الأداء إلا به فأعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح
الكفالة به فاعتدلا فلا ربا ولأن عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والأجل
ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان ربا
والأجل فيه شبهة **قال** وإذا كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة وقيمته ألف
ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالا والباقي
إلى أجله أو يرد رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد رح يؤدي ثلثي الألف
حالا والباقي إلى أجله لأن له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فله أن يؤخرها
وصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها بغير بدل
ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجري عليها أحكام الأبدال وحق الورثة متعلق
بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل إسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع
لأن البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل

اذا باع المريض داره بثلثة الاف الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال للمشتري ادّ ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع وعند محمد يعتبر الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى قال وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة ادّى ثلثي القيمة حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة هنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

واذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادّى عنه عتق وان بلغ العبد فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا فيعتق باداءه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فادّى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باداء القائل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الالف العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب ولو ادّى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع قال واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه وهو غائب فان ادّى الشاهد او الغائب عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحسانا وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا باداءها وليس عليهم من البدل شيء واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به الحاضر فله ان يأخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه قال وايهما ادّى عتقا ويجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادّى الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين عليه قال وايهما ادّى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر اليه قال وليس للمولى ان يأخذ الغائب بشيء لما بينا فان قبل العبد الغائب او لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تتغير بقبوله كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادّى لا يرجع عليه كذا هذا قال

قال واذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جائز وايهم ادّى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها اصلا في الكتابة واولادها تبعا على ما بينا في المسئلة الاولى وهي اولى بذلك من الاجنبي والله اعلم

باب كتابة العبد المشترك

واذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند ابي حنيفة رح وقالا هو مكاتب بينهما وما ادّى فهو بينهما واصله ان الكتابة تتجزى عنده خلافا لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فيقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز قال وان كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الاخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لان الكتابة لا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة واذا ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم اذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة كان لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع من الانتقال ووطيه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ونصف عقرها لوطيه جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور لانه حين وطئها كان ملكه قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطي ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها وابدالها واذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف ومحمد رح هي ام ولد للاول ولا يجوز وطي الاخر لانه لما ادعى الاول الولد صار كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فيفسخ فيما لا تتضرر به المكاتبة وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا واذا صار كلها ام ولد له فالثاني وطي ام ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا بالقيمة غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع العقر لان الوطي لا يعرى عن

عن احدى الفريضتين فاذا بقيت الكتابة وصار كلها مكاتبا له قيل يجب عليها نصف بدل
الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا يتضرر به المكاتبة ولا يتضرر بسقوط نصف البدل
وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط
نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا يتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة
هي التي تعطي العقر لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد
الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا **قال** ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف
نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا
لانه ضمان التملك وفي قول محمد رح يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل
الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار
الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما **قال** وان كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم عجزت
بطل التدبير لانه لم يصادف الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور اما عندهما فظاهر لان
المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة رح فلانه بالعجز تبين انه تملك نصيبه من وقت
الوطي فتبين انه صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك على ما مر **قال** وهي ام
ولد للاول لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه
نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد
وهو تملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا قول ابي حنيفة
ووجهه ما بينا وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق
نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة رح وقالا لا يرجع عليها لما عجزت ردت
في الرق وصيرتها كأنها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيار وغيرها
كما هو مسئلة تجزي الاعتاق وقد قررناه في العتاق فاما قبل العجز ليس له ان يضمن المعتق
عند ابي حنيفة رح لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان اثره ان يجعل نصيب غير المعتق كالمكاتب
فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل
فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا ان كان موسرا ويستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان
اعتاق فيختلف باليسار والاعسار **قال** واذا كان العبد بين رجلين دبره احدهما
ثم اعتقه الاخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف قيمته وان شاء
استسعى العبد وان شاء اعتق فان اعتقه احدهما ثم دبره الاخر لم يكن له ان يضمنه
المعتق ويستسعي او يعتق وهذا عند ابي حنيفة رح ووجهه ان التدبير يتجزى عنده
فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الاخر فيثبت خيرة الاعتاق
والتضمين والاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والا
ستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزى عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله ان
يضمن قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه
مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا
قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلاثة البيع واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق
وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال
من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا فابق وان اعتقه احدهما اولا كان للاخر الخيارات عنده
فاذا دبر لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعي
وقال ابو يوسف ومحمد رح اذا دبره احدهما فعتق الاخر باطل لان الاعتاق لا يتجزى عندهما
فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا او يسعى العبد
في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم عليه لم يعجل
بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظرا للجانبين والثلاثة هي المدة التي ضربت
لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه فان لم يكن له وجه
وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح
لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رض اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق
علقه بهذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان احسنه مؤجله وحالة الوجوب بعد حلول
نجم فلا بد من امهال مدة استيساره واولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما ان سبب
الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون اعجز عن اداء نجمين وهذا
لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا بدونه
بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تأخيرا والآثار متعارضة
فان المروي عن ابن عمر رض ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها
قال فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجزه مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة
تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر اولى ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء
بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء او الرضا كالرد بالعيب بعد القبض
قال واذا عجز المكاتب عاد الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من
الاكتساب فهو للمولى لانه ظهر انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال
التوقف **قال** فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله وحكم
بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده و

وهذا على قول علي وابن مسعود رض وبه اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رح يبطل الكتابة
ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رض ولان المقصود من الكتابة
عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت بعد الموت مقصودا او يثبت
قبله او بعده لا وجه الى الاول لعدم المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء
ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة
ولا يبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء
العقد لاحياء الحق بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد من جانبه والموت
انفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا او تستند الحرية باستناد سبب الاداء
الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات
قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا
ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد داخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه
في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى في الكتابة قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة او
ترد رقيقا وهذا عند ابي حنيفة رح واما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود
في الكتابة والجامع انه تكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه بخلاف سائر الاكساب
ولابي حنيفة رح وهو الفرق بينهما ان الاجل يثبت شرطا في العقد فيثبت
في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل لانه لم يضف اليه العقد ولا يسري حكمه
اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة لانه متصل به وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث
دخل في حكمه سعى في نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لانه لما حكم بحريته
في آخر جزء من اجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في تلك الحالة لانه تبع لابيه في الكتابة فيكون هذا
حرا يرث عن حر وكذلك اذا كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة لان الولد ان كان صغيرا
فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة
على ما مر **قال** وان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا وفاء بمكاتبته فجنى الولد فقضي به
على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة لان
من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق
فينجر الولاء الى موالي الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالي الام
وموالي الاب في ولائه فقضي به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف في الولاء
مقصودا وذلك يبتنى على بقاء الكتابة وانتقاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء
على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرا وانتقل الولاء الى موالي الاب
وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا **قال** وما ادى المكاتب

من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة
والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها
هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني وللهاشمي لان المباح له يتناوله
على ملك المبيح ونظيره المشتري شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه
يطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد رح ظاهر لان بالعجز
يتبدل الملك وكذا عند ابي يوسف رح وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه لا خبث في نفس
الصدقة وانما الخبث في فعل الآخذ لكونه اذلالا به ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة
وللهاشمي لزيادة حرمته والاخذ لم يوجد من المولى وهو كابن السبيل اذا وصل الى وطنه
والفقير اذا استغنى وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة يطيب لهما وعلى هذا
اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده **قال** واذا جنى العبد فكاتبه
مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدى لان هذا موجب جناية العبد
في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة
مانعة من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصلي وكذلك اذا جنى المكاتب ولم يقض به
حتى عجز لما بينا من زوال المانع وان قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لانتقال
الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رح وقد رجع ابو يوسف رح
اليه وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء وهو قول زفر رح لان المانع من الدفع وهو
الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر
وام الولد ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف
على القضاء او الرضاء وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف الفسخ على
القضاء لتردده ولاحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال
بحال **قال** واذا مات مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب
اذ الكتابة سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له اد المال الى ورثة المولى على
نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة
ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ
عتقه لانه لم يملكه وهذا لان المكاتب لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة
فان اعتقوه جميعا عتق وسقط مال الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه
حقهم وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا
ابراه المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله
ابراء اقتضاء تصحيحا للعتق والاعتاق لا يثبت بابراء البعض او استيفائه في المكاتب لنفي بعضه

لا في بعضه ولا في كله ولا وجه إلى إبراء الكل لحق بقية الورثة والله تعالى أعلم

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف إلى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب تتناصر بأشياء وقد قرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال إن مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لأنهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال وإذا أعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله عليه السلام الولاء لمن أعتق ولأن التناصر به فيعقله وقد أحياه معنى بإزالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولأن الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما عن بنت فجعل النبي عليه السلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الإعتاق بمال أو بغيره لإطلاق ما روينا قال فإن شرط أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق لأن الشرط مخالف للنص فلا يصح قال وإذا أدى المكاتب عتق وولاؤه للمولى وإن عتق بعد موت المولى لأنه عتق عليه بما باشر من السبب وهو الكتابة وقد عرفناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وعتقه بعد موته لأن فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم ملكه وإن مات المولى عتق مدبروه وأمهات أولاده لما بينا في العتاق وولاؤهم له لأنه أعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق والولاء له لوجود السبب وهو العتق عليه وإذا تزوج عبد رجل أمة لآخر فأعتق مولى الأمة الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبدا لأنه عتق على معتق الأم مقصودا إذ هو جزء منها يقبل الإعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا وكذلك إذا ولدت ولدا لأقل من ستة أشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الإعتاق أو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر لأنهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما إذا والت رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الأب لأن الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لأن تمامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولدا فولاؤه لموالي الأم لأنه عتق تبعا للأم لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الإعتاق حتى يعتق مقصودا فإن أعتق العبد جر ولاء ابنه وانتقل عن موالي الأم إلى موالي الأب لأن العتق هاهنا في الولد يثبت تبعا بخلاف الأول وهذا لأن الولاء بمنزلة النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب إلى الآباء فكذلك الولاء

والنسبة إلى موالي الأم كانت لعدم أهلية الأب ضرورة فإذا صار أهلا عاد الولاء إليه بمنزلة ولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة فإذا أكذب الملاعن نفسه ينسب إليه بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق ثم جاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لموالي الأم وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العلوق إلى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مراجعا بالشك فاستند إلى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الإعتاق فيعتق مقصودا وفي الجامع الصغير وإذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولادا فجنى الأولاد فعقلهم على موالي الأم لأنهم عتقوا بعتاقها ولا عاقلة لأبيهم ولا موالي فألحقوا بموالي الأم ضرورة كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فإن أعتق الأب جر ولاء الأولاد إلى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الأب بما عقلوا لأنهم حين عقلوه كان الولاء ثابتا لهم وإنما يثبت للأب مقصودا لأن سببه مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاعنة إذا عقل عنه قوم الأم ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لأن النسب هنالك يثبت مستندا إلى وقت العلوق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون قال ومن تزوج من العجم بمعتقة العرب فولدت له أولادا فولاء أولادها لمواليها عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد رحمه الله أيضا وقال أبو يوسف رحمه الله حكمه حكم أبيه لأن النسب إلى الأب كما إذا كان الأب عربيا بخلاف ما إذا كان الأب عبدا لأنه هالك معنى ولهما أن ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فإنهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما إذا كان الأب عربيا لأن أنساب العرب قوية معتبرة في حق حكم الكفاءة والعقل لما أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء قال رضي الله عنه والخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير نبطي كافر تزوج بمعتقة ثم أسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت أولادا قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله مواليهم موالي الأم وقال أبو يوسف رحمه الله مواليهم موالي الأب لأن الولاء وإن كان أضعف فهو من جانب الأب فصار كالمولود بين واحد من الموالي وبين العربية ولهما أن ولاء الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو كان الأبوان معتقين فالنسبة إلى قوم الأب لأنهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب أو لأن النصرة به أكثر وولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من العمة والخالة لقوله عليه السلام للذي اشترى عبدا فأعتقه هو أخوك ومولاك إن شكرك فهو خير له وشر لك وإن كفرك فهو خير لك وشر له ولو مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وورث

ابنة حمزة رضي الله عنه على سبيل العصوبة مع قيام وارث وان كان له عصبة يتقدم على ذوي الارحام
وهو المروي عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى لان المعتق آخر العصبات
وهذا لانه قوله عليه السلام ولم يترك وارثا قال والمراد منه وارث هو عصبة بدليل الحكم
الثاني فتأخر المعتق عن العصبة ومن ذوي الارحام قال وان كان للمعتق عصبة فهو
اولى لما ذكرنا انه لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق وتأويله اذا لم يكن هناك صاحب
فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة على ما رويناه وهذا لان العصبة
من يكون المتناصر به لتقوية النسبة والمولى الانتصار على ما مر والعصبة تأخذ ما بقي فان
مات المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن
او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي عليه السلام
وفي آخره او جر ولاء معتقهن وصورة فسرناها ولانه يثبت المالكية والقوة في
المعتق من جهتها فينتسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها بخلاف النسب
لان سبب النسبة فيه الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة
وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبة الاقرب فالاقرب لان الولاء
لا يورث فيخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء للابن عند
ابي حنيفة ومحمد لانه اقربهما عصوبة وكذا الولاء للجد دون الاخ عند ابي حنيفة لانه
اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا
ان عقل جناية المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى
ابنا واولاد ابن آخر فمعناه بني ابن فميراث المعتق للابن دون بني الابن لان الولاء
للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة منهم عمر وابي ومسعود وغيرهم ومعناه القرب
على ما قالوا الصلبي اقرب

فصل في ولاء الموالاة

واذا اسلم رجل على يد رجل ووالاه
على ان يرثه ويعقل عنه او اسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه
فان مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي في الموالاة ليس بشيء لان فيه
ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث له ولهذا لا يصح عنده الوصية
بجميع المال وان لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى
والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم والاية في الموالاة وسئل رسول الله عليه السلام عن رجل
اسلم على يد رجل ووالاه فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل
والارث في الحالتين هاتين ولانه ماله حقه فيصرفه الى حيث شاء والصرف الى
المال مردود عند عدم المستحق لانه مستحق قال وان كان له وارث فهو اولى منه وان كان
عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم غيرهما وذو

وذو الرحم وارث ولابد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو
بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لانهم يتناصرون بالقبائل فاغنى عن الموالاة وللمولى
ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا
للاعلى ان يتبرأ عنه لانه لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بحضور الآخر كما
في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ
حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول بولائه الى غيره
لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض ناله كالعوض في
الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما ان يتحول لانهما في
الولاء كشخص واحد قال وليس لمولى العتاقة ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لانه
الاكراه اسم لفعل يفعله المرء لغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا
انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعده وذلك انما يكون من القادر والسلطان وغيره
سيان عند تحقق القدرة والذي قاله ابو حنيفة ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان
لان المنعة له والقدرة لا تتحقق دون المنعة فقد قالوا هو اختلاف عصر وزمان
لا اختلاف حجة وبرهان ولم يكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان
واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما يهدد به
وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه من الفعل قال واذا اكره
على بيع ماله او على شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف درهم او يؤجر داره فاكره على
ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء
امضى البيع وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي
قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا
فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر
الى العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه يستضر به
لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على جنبة الكذب وعند الاكراه
يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا وعند
زفر رحمه الله لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا يرى انه لو اجاز جاز والموقوف
قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله والفساد
لفقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض

او قبضه واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر
البياعات الفاسدة وبالاجازة يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز
الا انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك
بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق
العبد وحقه مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول
لحق الثاني قال رض ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى
ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لفوت الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين
ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند رح جعلوه بيعا جائزا
مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال فان كان قبض الثمن طوعا فقد اجاز
البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بان كان الاكراه
على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع
فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك
في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة
دون البيع قال وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده لفساد العقد
قال فان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن قيمته للبائع معناه والبائع
مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع
الى الاتلاف فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب
فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ
كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ
ما كان قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز
ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز فصل وان اكره
على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر اكره على ذلك بحبس او ضرب او قيد لم يحل له الا ان يكره
بما يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم على ما
اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة
كما في حالة المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او العضو
حتى لو خيف ذلك بالضرب وغلب على ظنه يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما
توعد به فان صبر حتى اوقعوا به ولم ياكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا
لغيره على هلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف رح انه لا يأثم لانه
رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص

بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا محرم فكان اباحة لا رخصة الا انه
انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه
كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب قال وان اكره على الكفر بالله او
سب النبي عليه السلام بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف
منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب
الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى واحرى قال فاذا خاف ذلك وسعه ان يظهر
ما امروه به ويوري فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايمان فلا اثم عليه لحديث
عمار بن ياسر رض حيث ابتلي به وقد قال له عليه السلام كيف وجدت قلبك قال
مطمئنا بالايمان قال ان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن
بالايمان الاية ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي
الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال فان صبر حتى قتل ولم
يظهر الكفر كان مأجورا لان خبيبا رض صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله
صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة باقية
والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال وان اكره
على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه وسعه ان يفعل
ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب
المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا
القبيل وان اكره بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان
قتله كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا بهذه الضرورة
قال والقصاص على المكره ان كان القتل عمدا رض وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال
زفر يجب على المكره وقال ابو يوسف رح لا يجب عليهما وقال الشافعي رح يجب عليهما
لزفر ان الفعل من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف
الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فاضيف الى غيره وبهذا
يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل
منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف رحمه الله
ان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التأثيم واضيف الى المكره من وجه
نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا
لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة
له في الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه

على الإعتاق وفي إكراه المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل إلى المكره في الإتلاف دون الذكاة
حتى يحرم كذا هذا قال وإن أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكره عليه عندنا
خلافا للشافعي رح وقد مر في الطلاق قال ويرجع على الذي أكرهه بقيمة العبد لأنه صلح آلة له
فيه من حيث الإتلاف فأضيف إليه فله أن يضمنه موسرا كان أو معسرا ولا سعاية على العبد لأن السعاية
إنما تجب للتخريج إلى الحرية أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان
لأنه مؤاخذ بإتلافه قال ويرجع بنصف مهرها إن كان قبل الدخول وإن لم يكن في العقد مسمى يرجع
على المكره بما لزمه من المتعة لأن ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وإنما يتأكد
بالطلاق فكان إتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف إلى المكره من حيث إنه إتلاف بخلاف ما إذا دخل بها
لأن المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز
استحسانا لأن الإكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع
على المكره استحسانا لأن مقصود المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الإكراه
لأنه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لأنه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها
وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الإكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والإيلاء
والفيء فيه باللسان لأنها تصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق أو يمين لا يعمل فيه الإكراه فلو كان
مكرها على الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد
عند أبي حنيفة رح إلا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رح لا يلزمه الحد وقد ذكرناه في الحدود
قال وإذا أكره على الردة لم تبن امرأته منه لأن الردة تتعلق بالاعتقاد ألا ترى أنه لو كان
قلبه مطمئنا بالإيمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت البينونة بالشك فإن قالت
المرأة قد بنت منه وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالإيمان فالقول له استحسانا
لأن اللفظ غير موضوع للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الإكراه لا يدل على التبدل
فكان القول قوله بخلاف الإكراه على الإسلام حيث يصير به مسلما لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا
الإسلام في الحالين لأنه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم
يعتقد فليس بمسلم ولو أكره على الإسلام حتى حكم بإسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة
وهي دارئة للقتل ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت
بانت حكما لا ديانة لأنه أقر أنه طائع بإتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه
ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء لأنه
مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا إذا أكره على الصلاة
للصليب وسب محمد عم ففعل وقال نويت به الصلاة لله تعالى ومحمدا آخر غير النبي عليه السلام
بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا عم وقد خطر بباله الصلاة لله تعالى وسب غير
النبي عم بانت ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على هذا في كفاية المنتهى والله تعالى أعلم

كتاب الحجر

الأسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والرق والجنون فلا يجوز تصرف الصغير إلا بإذن
وليه ولا تصرف العبد إلا بإذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب بحال أما الصغير
فلنقصان عقله غير أن إذن الولي آية أهليته والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع
عبده ولا تملك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالإذن رضي بفوات حقه والجنون
لا تجامعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال أما العبد فأهل في نفسه والصبي ترتقب أهليته
فلهذا وقع الفرق قال ومن باع من هؤلاء شيئا أو اشتراه وهو يعقل البيع ويقصده
فالولي بالخيار إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحة وإن شاء فسخه لأن التوقف في العبد
لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد
أن يعقلا البيع ليوجد ركن العقد فينعقد موقوفا على الإجازة والمجنون قد يعقل
البيع ويقصده وإن كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا
عن غيره كما بينا في الوكالة فإن قيل التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالأصل فيه
النفاذ على المباشر قلنا نعم إذا وجد نفاذا عليه كما في شراء الفضولي وههنا لم يجد نفاذا
لعدم الأهلية أو لضرر المولى فوقفناه قال وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في
الأقوال دون الأفعال لأنه لا مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف الأقوال
لأن اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه إلا إذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ
بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي و
المجنون قال والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا إقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما
ولا عتاقهما لقوله عليه السلام كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي والمعتوه والإعتاق يتمحض
مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم
التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على إجازته ولا ينفذان
بمباشرته بخلاف سائر العقود قال وإن أتلفا شيئا لزمهما ضمانه إحياء لحق المتلف عليه
وهذا لأن كون الإتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم
عليه والحائط المائل بعد الإشهاد بخلاف القولي على ما بيناه قال فأما العبد فإقراره
نافذ في حق نفسه لقيام أهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه لأن نفاذه
لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه وكل ذلك إتلاف ماله قال فإن أقر بمال
لزمه بعد الحرية لوجود الأهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع
وإن أقر بحد أو قصاص لزمه في الحال لأنه مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى

لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا
الا الطلاق ولانه عارف وجه المصلحة فيه وكذا اهله وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت
منافعه فينفذ

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة رح لا يحجر على الحر العاقل البالغ
السفيه وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة
وقال ابو يوسف ومحمد رح وهو قول الشافعي رح يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله
لانه مبذر ماله مسرف فيه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي
بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا امنع عنه المال
ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من يده ولابي حنيفة رح انه مخاطب عاقل
فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم
وهذا اشد ضررا من التبذير ولا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر
عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو
دفع الاعلى بالادنى فلا يصح القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على
الصبي لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة
والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات
وذلك يقف على اليد واذا حجر القاضي عليه ثم رفع الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه
جاز لان الحجر منه فتوى وليس بقضاء الا يرى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان
قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي
الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال
الامضاء فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة رح اذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم
اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه واذا بلغ خمسا
وعشرين سنة سلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يؤنس
منه رشده ولا يجوز تصرفه فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبا
ولابي حنيفة رح ان منع المال عنه بطريق التاديب ولا يتادب بعد هذا ظاهرا وغالبا
الا يرى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع باعتبار
اثر الصبا وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال
ابو حنيفة رح لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر الصبا ثم لا يتأتى
التفريع على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع
توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد
والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل

يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف رح لانه لا بد من حجر القاضي
عنده لان الحجر دائر بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من القاضي وعند محمد رح لا يجوز
لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا
ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي رح لا ينفذ والاصل
عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل
من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل
لا لنقصان في عقله وكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه والاصل
عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته
الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه واذا صح عندهما
كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر
فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد رح انه لا يجب السعاية لانه لو
وجب انما يجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع الا لحق غير المعتق ولو دبر
عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا يجب السعاية ما دام
المولى حيا لانه باق على ملكه واذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا
لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد
فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله
فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد
لا يقدر على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شهادة
الولد بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته
فهو على هذا التفصيل قال وان تزوج امرأة جاز نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل
ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات
النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام بالتسمية ولا نظر له فيه
فلم يصح الزيادة وصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف
في ماله لان التسمية صحيحة الى مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم
واحدة لما بينا قال وتخرج الزكاة من مال السفيه لانه واجب عليه وينفق على اولاده
وزوجته ومن تجب نفقته عليه من ذوي ارحامه لان احياء ولده وزوجته من حوائجه
والانفاق على ذوي الرحم واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس
الا ان القاضي يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها
عبادة لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع الى امينه

ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نية وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر
حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله ولو فتحنا هذا
الباب يبذر امواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء من غير فعله قال فان اراد
حجة الاسلام لم يمنع منها لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صنعه ولا يسلم
القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها في
غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها
بخلاف ما اذا اراد عمرة واحدة ... ولا يمنع من القران لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد
منهما فلا يمنع من الجمع بينهما ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند ابن
عمر رضي الله عنه لا يجزيه غيرها وهي جزور او بقرة فان مرض واوصى بوصايا في القرب وابواب
الخير جاز ذلك في ثلثه لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه عن امواله والوصية تخلف
ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من هذا في كفاية المنتهى قال ولا يحجر على الفاسق
اذا كان مصلحا لماله عندنا والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه
زجرا او عقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده ولنا
قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا الآية وقد اونس منه نوع رشد فتتناوله النكرة
المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه
فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما ايضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو ان يغبن
في التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

فصل في حد البلوغ

قال بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له
ثماني عشرة سنة عند ابي حنيفة رحمه الله وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد
ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا تم للغلام والجارية خمس
عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن ابي حنيفة وهو قول الشافعي رحمه الله وعنه في الغلام
تسع عشرة سنة وقيل المراد ان يطعن في التاسع عشرة ويتم له ثماني عشرة فلا اختلاف
وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة اما العلامة
فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض
في اوان الحبل فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة لذلك في حق الغلام اثنتا عشرة
سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم العادة الفاشية ان البلوغ
لا يتاخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني عشرة سنة
هكذا قاله ابن عباس رضي الله عنه وتابعه القتبي وهذا اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه للتيقن
به غير ان الاناث نشوءهن وادراكهن اسرع فنقصنا في حقهن سنة لاشتمالها على

على الفصول الاربعة التي يوافق واحد منها المزاج لا محالة قال واذا راهق الغلام
او الجارية واشكل امرهما في البلوغ فقالا قد بلغنا فالقول قولهما واحكامهما احكام
البالغين لانه معنى لا يعرف الا من جهتهما ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر
قبل قولهما فيه كما يقبل قول المراة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة رحمه الله
لا احجر في الدين واذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم احجر
عليه لان في الحجر اهدار اهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص وان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم
لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه ابدا حتى
يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا طلب غرماء المفلس الحجر
عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء
لان الحجر على السفيه انما جوزاه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله
فيفوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن
المثل فلا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال ويباع ماله ان امتنع
المفلس من بيعه وقسم بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع مستحق عليه لايفاء
دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة
موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجب والعنة
والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما
بتاخير حق الدائن وتعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال وان كان دينه دراهم
وله دراهم قضى القاضي بغير امره وهذا بالاجماع لان للدائن حق الاخذ من غير رضاه
فللقاضي ان يعينه وان كان دينه دراهم وله دنانير او على ضد ذلك باعها القاضي في دينه
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله استحسانا والقياس ان لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن
لصاحب الدين ان ياخذه جبرا وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية
مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر
الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض
يتعلق بصورها واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا ويباع في الدين النقود
ثم العروض ثم العقار يبدأ بالايسر فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين
مع مراعاة جانب المديون ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به
كفاية وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس قال فان اقر في حال الحجر
باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن
من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له ولو

ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه لأن حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت
الحجر **قال** وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوي أرحامه
لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء ولأنه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا
لو تزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة الغرماء **قال** فإن لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماؤه
حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة وقد
ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها إلى أن قال
وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة إلى الميسرة ولو
مرض في الحبس يبقى فيه إن كان له خادم يقوم بمعالجته وإن لم يكن أخرجه تحرزا عن هلاكه
والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف
ما إذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه وطؤها لا يمنع منه لأنه قضاء إحدى الشهوتين فيعتبر
بقضاء الأخرى **قال** ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه
من التصرف والسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان أراد باليد الملازمة وباللسان
التقاضي **قال** ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة
وقالا إذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالا لأن القضاء
بالإفلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظرة إلى الميسرة وعند أبي حنيفة رحمه الله
لا يتحقق القضاء بالإفلاس لأن مال الله غاد ورائح ولأن وقوف الشهود على المال
لا يتحقق إلا ظاهرا فيصلح للدفع لا لإبطال الحق في الملازمة وقوله إلا أن يقيموا البينة
إشارة إلى أن بينة اليسار ترجح على بينة الإعسار لأنها أكثر إثباتا إذ الأصل هو العسرة
وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه يدور معه أينما دار
ولا يجلسه في موضع لأنه حبس ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب
داره إلى أن يخرج لأن الإنسان لا بد أن يكون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس
والطالب الملازمة فالخيار إلى الطالب لأنه أبلغ في حصول المقصود لاختياره
الأضيق عليه إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من
دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها
لما فيه من الخلوة بالأجنبية ولكن يبعث امرأة أمينة تلازمها **قال** ومن أفلس وعنده
متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه وقال الشافعي رحمه الله
يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لأنه عجز المشتري عن إيفاء الثمن
فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه عقد معاوضة
ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا أن الإفلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو

وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وإنما المستحق وصف في الذمة
أعني الدين وبقبض العين تتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها إلا
في موضع التعذر كالسلم لأن الاستبدال ممتنع فأعطي للعين حكم الدين والله أعلم

كتاب المأذون

الإذن الإعلام لغة وفي الشرع فك الحجر وإسقاط الحق عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف
لنفسه بأهليته لأنه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز وانحجاره
عن التصرف لحق المولى لأنه ما عهد تصرفه إلا موجبا تعلق الدين برقبته أو كسبه وذلك
مال المولى فلا بد من إذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على
المولى ولهذا لا يقبل التأقيت حتى لو أذن لعبده يوما أو شهرا كان مأذونا أبدا حتى يحجر عليه
لأن الإسقاطات لا تتوقت ثم الإذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما إذا رأى عبده
يبيع ويشتري فسكت يصير مأذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله ولا فرق بين
أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو للأجنبي بإذنه أو بغير إذنه بيعا صحيحا أو فاسدا لأن
كل من رآه يظنه مأذونا له فيها فيعاقده فيتضرر به لو لم يكن مأذونا ولو لم يكن
المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم **قال** وإذا أذن المولى لعبده في التجارة إذنا
عاما جاز تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسألة أن يقول له أذنت لك في التجارة
ولا يقيده ووجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من أنواع
الأعيان لأنه أصل التجارة ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه
وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما هما يقولان إن البيع بالغبن الفاحش منه بمنزلة
التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الإذن وله أنه تجارة والعبد متصرف
بأهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون ولو حابى في مرض موته يعتبر
من جميع المال إذا لم يكن عليه دين وإن كان عليه دين فمن جميع ما بقي لأن الاقتصار في الحر
على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وإن كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري
أد جميع المحاباة وإلا فاردد المبيع كما في الحر وله أن يسلم ويقبل السلم لأنه تجارة
وله أن يوكل بالبيع والشراء لأنه قد لا يتفرغ بنفسه **قال** ويرهن ويرتهن لأنهما
من توابع التجارة فإنه إيفاء واستيفاء ويملك أن يتقبل الأرض ويستأجر الأجراء
والبيوت لأن كل ذلك من صنيع التجار وله أن يأخذ الأرض مزارعة لأن فيه تحصيل الربح
ويشتري طعاما فيزرعه في أرضه لأنه يقصد به الربح قال عليه السلام
المزارع يتاجر ربه وله أن يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة ويأخذها
لأنه من عادة التجار وله أن يؤاجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول لا يملك

العقد على نفسه فكذا على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه ليس بالاستيفاء المنافع
فيه لانه اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه يحجر به والرهن لانه يحبس الرهن
فلا يحصل مقصود المولى اما الاجارة فلا يحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه
قال وان اذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها وقال زفر والشافعي رح
لا يكون مأذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع اخر
لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم
وهو الملك له دون العبد ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه كالمضارب ولنا
اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص
بنوع دون نوع بخلاف الوكيل لانه متصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته
وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين
والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه قال وان اذن له في شيء بعينه
فليس بمأذون لانه استخدام ومعناه ان يأمره بشراء ثوب للكسوة او طعام رزقا
لاهله وهذا لانه لو صار مأذونا لانسد عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اد الي الغلة
كل شهر كذا او قال اد الي الفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصله الا بالتكسب
او قال اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير مأذونا
في الانواع قال واقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع لان الاقرار
من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا
كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر
بخلاف الاقرار بالمهر لانه ليس بسبب التجارة كالمحجور في حقه قال وليس له ان يتزوج لانه
ليس بتجارة قال ولا يزوج مماليكه وقال ابو يوسف رح يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها
فاشبه اجارتها ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج
العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب والوصي
قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر
فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا
عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير قال ولا يعتق على مال
لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض
ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق لان كل ذلك تبرع محض ابتداء وانتهاء او ابتداء
فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف
من يطعمه لانه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه

لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف رح ان المحجور عليه اذا اعطاه
المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا اعطاه
قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة ان تتصدق
من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة
قال وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم وربما يكون الحط
انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد
وليس ذلك من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه
وله ان يؤجل في دين وجب له لانه من عادة التجار قال وديونه متعلقة برقبته يباع
للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي رح لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع
لهما ان غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك في تعلقه
بالكسب حتى اذا فضل منه شيء عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك
لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن ولنا ان الواجب في
ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع
دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين
برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر
في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير انه
يبدأ بالكسب في الاستيفاء ايفاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى وعند انعدامه
يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب وديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو
في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستيجار وضمان المغصوب والودائع والامانات
اذا جحدها وما يجب من العقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به
قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة
فان فضل شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة
ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري ويتعلق دينه بكسبه سواء
حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك
بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود
شرط الخلوص له وله ان يأخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا يحصل
الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم
حقهم قال وان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر حجره بين اهل سوقه لانه لو انحجر لتضرر الناس
لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك

ويشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه إلا رجل أو رجلان لم ينحجر ولو بايعوه
جاز وإن بايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته ينحجر بعلم أكثر أهل سوقه والمعتبر
شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل
عليهم السلام ويبقى العبد مأذونا إلى أن يعلم بالحجر كالوكيل إلى أن يعلم بالعزل وهذا لأنه
يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به وإنما يشترط
الشيوع في الحجر إذا كان الإذن شائعا أما إذا لم يعلم به إلا العبد ثم حجر عليه بعلم منه
ينحجر لأنه لا ضرر **قال** وإن مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب صار المأذون محجورا
عليه لأن الإذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هذا هو الأصل
فلا بد من قيام أهلية الإذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللحوق
لأنه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته **قال** وإذا أبق العبد المأذون له صار محجورا
عليه وقال الشافعي يبقى مأذونا لأن الإباق لا ينافي ابتداء الإذن فكذلك لا ينافي البقاء
وصار كالغصب ولنا أن الإباق حجر دلالة لأنه إنما يرضى بكونه مأذونا على وجه يتمكن من تقضية
دينه بكسبه بخلاف ابتداء الإذن لأن الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف
الغصب لأن الانتزاع من يد الغاصب متيسر **قال** وإذا ولدت المأذونة من مولاها
فذلك حجر عليها خلافا لزفر هو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا أن الظاهر أنه يحصنها
بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لأن الصريح قاض على الدلالة ويضمن
المولى قيمتها إن ركبتها ديون لإتلافه محلا تعلق به حق الغرماء إذ به يمتنع البيع وبه يقضى
حقهم **قال** وإذا استدانت الأمة المأذونة أكثر من قيمتها فدبرها المولى فهي مأذونة
على حالها لانعدام دلالة الحجر إذ العادة ما جرت بتحصين المدبرة ولا منافاة بين حكميهما
أيضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررنا في أم الولد **قال** وإذا حجر على المأذون له فإقراره
جائز فيما في يده من المال عند أبي حنيفة ومعناه أن يقر بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه
أو يقر بدين عليه فيقضي مما في يده وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز إقراره ولهما
أن المصحح لإقراره إن كان الإذن فقد زال بالحجر وإن كان اليد فالحجر أبطلها لأن يد المحجور
غير معتبرة وصار كما إذا أخذ المولى كسبه من يده قبل إقراره أو ثبت حجره بالبيع من غيره
ولهذا لا يصح إقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله أن المصحح هو اليد ولهذا لا يصح إقرار
المأذون فيما أخذه المولى من يده واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها
عن حاجته وإقراره دليل تحققها بخلاف ما إذا انتزعه المولى من يده قبل الإقرار لأن يد المولى
ثابتة حقيقة وحكما فلا تبطل بإقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل بإقراره
من غير رضاه وهذا بخلاف ما إذا باعه لأن العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرف فلا

يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل البيع **قال** وإذا لزمته ديون
تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولو أعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا يملك المولى ما في يده ويعتق وعليه قيمته لأنه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته
ولهذا يملك إعتاقه ووطء الجارية المأذون لها وهذه آية كماله بخلاف الوارث لأنه يثبت الملك له
نظرا للمورث والنظر في ضده عند إحاطة الدين بتركته أما ملك المولى ما ثبت نظرا للعبد وله
أن ملك المولى إنما يثبت خلافة عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررنا والمحيط به
الدين مشغول بها فلا يخلفه فيه فإذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته وإذا نفذ
عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به **قال** فإن لم يكن الدين محيطا بماله جاز عتقه في
قولهم جميعا أما عندهما فظاهر وكذا عنده لأنه لا يعرى عن قليل فلو جعل مانعا لانسد باب
الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الإذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه
قال وإن باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لأنه كالأجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين وإن باعه بنقصان
لم يجز لأنه متهم في حقه بخلاف ما إذا حابى الأجنبي عند أبي حنيفة لأنه لا تهمة فيه وبخلاف
ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لأن حق بقية الورثة تعلق
بعينه حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا
وقال أبو يوسف ومحمد إن باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة
وإن شاء نقض وعلى المذهبين اليسير من المحاباة والفاحش سواء ووجه ذلك أن الامتناع
لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الأجنبي من المحاباة
اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة والمولى يؤمر به لأن البيع باليسير منها متردد
بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة
غير تبرع في حق الأجنبي لانعدامها وبخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة لأنه لا يجوز
من العبد المأذون له على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن في البيع مع الأجنبي وهنا
باشره بنفسه غير أن إزالة المحاباة لحق الغرماء وهذا لأن الفرق على أصلهما **قال**
وإن باعه المولى شيئا بمثل القيمة أو أقل جاز البيع لأن المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين
على ما بينا ولا تهمة في هذا البيع ولأنه مفيد فإنه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن
المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن وصحة التصرف تتبع الفائدة فإن سلم
المبيع إليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لأن حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه
يبقى في الدين ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما إذا كان الثمن عرضا لأنه يتعين وجاز
أن يبقى حقه متعلقا بالعين **قال** وإن أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز لأن
البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء وجاز أن يكون للمولى حق في

ان الحق يتعلق بالصحيح ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او نقض البيع كما بينا في جانب العبد
لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال واذا اعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه
جائز لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه اتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء
من ثمنه وما بقي من الديون يطالب به بعد العتق لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر
ما اتلف ضمانا فبقي الباقي عليه كما كان وان كان اقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره
بخلاف ما اذا اعتق المدبر لم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا قال وان باعه المولى
وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته
وان شاؤا ضمنوا المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان
يقضي المولى دينهم والبائع متلف بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب
فيخيرون في التضمين وان شاؤا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة
اللاحقة كالاذن السابق كما في المرهون فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى
بعيب فللمولى ان يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان قد زال
وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بعيب
كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا قال ولو كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين
فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وكل واحد منهما
فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم
ان يردوه قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه
لوصول حقهم اليهم قال فان كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه
اذا انكر الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف المشتري خصم ويقضي لهم
بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له
ليس بخصم عندهما خلافا له وعنه مثل قولهما في مسألة الشفعة لابي يوسف رحمه الله انه يدعي
الملك لنفسه فيكون خصما لكل من ينازعه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ العقد وقد قام بهما
فيكون الفسخ قضاء على الغائب قال ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشترى
وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه
دليل عليه اذ الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل في المعاملات
كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها
خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر وقال هو مأذون له
بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور عليه فالقول قوله لانه متمسك
بالاصل فصل واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد

كالعبد المأذون له اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رحمه الله
لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك
حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلاة لانه
لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع
والشراء فيتولاه الولي فلا ضرورة ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن
ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبا سبب الحجر لعدم الهداية
لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي فبقاء ولايته لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة
بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له
والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشراء دائر
بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا منه
على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب
ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط
لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك جالبا
للربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيد ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت
في حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون له يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا
فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره
بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج
عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا
باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله اعلم

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين اهل
اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه يزيل يده حتى
كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم ان كان مع العلم
فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم
لان الخطأ موضوع قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه
مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما لان الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن
اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة
الجنس والمالية فكان ادفع للضرر قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لابي يوسف
انه لما انقطع التحق بما لا مثل له فيعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب ولمحمد

لان الواجب عليه المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فيعتبر يوم الانقطاع
ولابي حنيفة رح ان النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك
وانما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب
بالقيمة باصل السبب كما وجد فيعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه
معناه العدديات المتفاوتة لانه تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعي في المالية وحدها دفعا
للضرر بقدر الامكان اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي
البر المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له قال وعلى الغاصب رد العين المغصوبة معناه ما دام
قائما لقوله عم على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عم لا يحل لاحد ان ياخذ مال اخيه لاعبا
ولا جادا وان اخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادتها
بالرد اليه وهو الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر
اذ الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين مخلص
ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم
بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها
ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف
الظاهر فلا يقبل قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه
واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال والغصب فيما ينقل
ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل واذا غصب عقارا
فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يضمنه وهو قول ابي يوسف الاول
وبه قال الشافعي لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة
اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه
فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين
وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار
فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود
ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال وما نقص
منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه
لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناه وعمله وان غصب دارا وباعها
وسلمها واقر بذلك ولا بينة لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال
واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض فياخذ راس ماله ويتصدق بالفضل
قال رض وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف رح لا يتصدق وسنذكر الوجه
من الجانبين قال واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله او بغير فعله ضمنه وفي اكثر نسخ
المختصر واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد لما بينا ان الغصب فيما ينقل وهذا لان
العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب القيمة او يتقرر بذلك
السبب ولهذا يعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن النقصان لانه دخل جميع اجزائه
في ضمانه بالغصب فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه عبارة
عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبخلاف المبيع لانه ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف
تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رض ومراده غير الربوي اما الربويات لا يمكنه تضمين
النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربا قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته
الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة قال رض وهذا عندهما ايضا وعند ابي يوسف رح لا يتصدق
وعلى هذا الخلاف اذا اجر المستعير المستعار لابي يوسف رح انه حصل في ضمانه وملكه اما الضمان
فظاهر وكذا الملك لان المضمون يتملكه باداء الضمان مستندا عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث
وهو التصرف في ملك الغير بغير اذنه وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف
الاصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى
ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو اداه اليه
يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق
وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا
اذا كان لا يجد غيره لانه محتاج اليه وله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا تصدق
بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال ومن غصب
الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين جارية فباعها بثلثة الاف
فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما واصله ان الغاصب والمودع اذا تصرف في المغصوب
او الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف رح وقد مرت الدلائل
وجوابهما في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان
فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين
فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا اشترى بها ونقد منها
اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها واشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها
يطيب له وهكذا قال الكرخي لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد ان يتاكد
بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان
بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال وان اشترى بالالف
جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا
لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

باب ما يتغير بعمل الغاصب

واذا تغيرت العين

المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب
وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة فذبحها وشواها او طبخها
او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي
لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله غير انه اذا اختار اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان
عنده لانه يؤدي الى الربا وعند الشافعي رحمه الله يضمنه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يزول ملكه عنه لكنه يباع
في دينه وهو احق به من الغرماء بعد موته للشافعي ان العين باق فيبقى على ملكه فيتبعه الصنعة
كما اذا هبت الريح في الحنطة والقتها في الطاحونة فطحنت ولان فعله محظور فلا يصلح
سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة ولم يسلخها
ولا ربا ولنا انه احدث صنعة متقومة صير بها حق المالك هالكا من وجه الا يرى انه تبدل
الاسم وفات معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل الذي
هو فائت من وجه ولا نجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من حيث انه احدث الصنعة
بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه
غيرها فاحفظه وقوله لا يحل له الانتفاع حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس ان يكون
له ذلك وهو قول الحسن وزفر هكذا عن ابي حنيفة رحمه الله رواه الفقيه ابو الليث ووجهه ثبوت
الملك المطلق للتصرف الا يرى انه لو وهبه او باعه جاز ووجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة
المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها اطعموها الاسارى افاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك
وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء
حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى
يباح له لان حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابرأه لسقوط
حقه وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه
وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها او نواة فغرسها غير ان عند ابي يوسف رحمه الله يباح الانتفاع
فيهما قبل اداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه
وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما واصله ما تقدم **قال** وان غصب فضة
او ذهبا فضربها دنانير او دراهم او آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة رحمه الله فيأخذها
ولا شيء للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة صير حق
المالك هالكا من وجه الا يرى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في
المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك ولابي حنيفة ان العين باق من كل وجه الا يرى ان الاسم
باق ومعناه الاصلي الثمنية وكونه موزونا وانه باق حتى يجري فيه الربا باعتباره وصلاحيته
لرأس المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا لانه

لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها **قال** ومن غصب ساجة فبنى عليها زال ملك مالكها عنها ولزم
الغاصب قيمتها وقال الشافعي رحمه الله للمالك اخذها والوجه من الجانبين ما بيناه ولنا ايضا ان في
نقض البناء اضرارا بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا اليه
مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن جاريته او عبده او ادخل اللوح المغصوب
في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر رحمه الله انما لا ينقض اذا بنى في حوالي الساجة لانه غير
متعد في البناء اما اذا بنى على نفس الساجة ينقض لانه متعد فيه وجواب الكتاب يرد
ذلك وهو الاصح **قال** ومن ذبح شاة غيره فمالكها بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها له
وان شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا اذا قطع يدها هذا هو ظاهر الرواية وعن محمد
انه اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وبقاء بعضها
وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع
الغاصب طرفها فللمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع
طرف المملوك حيث يأخذه مع ارش المقطوع لان الادمي يبقى منتفعا به بعد قطع
الطرف **قال** ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين
قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرقه خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه
ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا الوجه فكانه احرقه قال رحمه الله ومعناه
يترك الثوب عليه وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث ان العين
باق وكذا بعض المنافع قائم ثم اشار في الكتاب الى ان الفاحش ما يبطل به عامة المنافع
والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين
وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان
لان محمدا رحمه الله جعل في الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع
قال ومن غصب ارضا فغرس فيها او بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردها لقوله عليه السلام
ليس لعرق ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة والغصب
لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما اذا شغل ظرف غيره بطعامه
فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا ويكونان له
لان فيه نظرا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه لان حقه
فيه اذ هو القلع فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم وبها شجر او بناء لصاحب الارض
ان يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما **قال** ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن
فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء اخذهما
وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي رحمه الله في الثوب لصاحبه ان يمسكه ويأمر الغاصب

بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساجة لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق
لان التمييز متعذر ولنا ما بينا ان فيه رعاية للجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه
صاحب الاصل بخلاف الساجة بني فيها لان النقض له بعد النقض اما الصبغ فيتلاشى
وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملكه
صاحب الاصل الصبغ قال ابو عصمة رح في اصل المسئلة وان شاء رب الثوب باعه
ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لانه لما كان له ان يتملك الصبغ بالقيمة
وعند امتناعه بيعه رعاية للجانبين في البيع وينبغي هذا فيما اذا انصبغ الثوب
بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق من ذوات الامثال
فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الاصل يضمن قيمة
السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا وقيل المراد منه المثل سماه
به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة وعندهما
زيادة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان
وان كان ثوبا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو كان ثوبا
ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد
انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة ياخذ ثوبه وخمسة دراهم
لان احدى الخمستين صارت بالصبغ **فصل** ومن غصب عينا فغيبها فضمنه
المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي رح لا يملكها لان الغصب عدوان محض
فلا يصلح سببا للملك كما في المدبر ولنا انه ملك البدل بكماله والمبدل قابل للنقل
من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه غير قابل للنقل لحق المدبر
نعم قد ينفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن **قال** والقول في
القيمة قول الغاصب مع يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول
المنكر مع يمينه الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة الملزمة
قال فان ظهرت العين وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة
اقامها او بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه تم له الملك
بسبب اتصل به رضى المالك حيث ادعى هذا المقدار **قال** وان كان ضمنه بقول
الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض لانه
لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت
العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر
الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رح انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث

لم يعط ما يدعيه والخيار لفوات الرضا **قال** ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته
جاز بيعه وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته
مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والناقص يكفي لنفوذ
البيع دون العتق كملك المكاتب **قال** وولد المغصوبة ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة
في يد الغاصب ان هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه
وقال الشافعي رح زوائد الغصب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب
وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم اذا ولدت
في يده يكون مضمونا عليه ولنا ان الغصب اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل
يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب
ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه
يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه او اكله او
باعه وسلمه وفي الظبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال
لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع
على هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية ولهذا يتكرر بتكررها ويجب
بالاعانة والاشارة فلان يجب بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى
ولهذا **قال** وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد
وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي رح
لا ينجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية و
كما اذا هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف
شاة او قطع قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة ولنا ان سبب الزيادة
والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا
فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها
ثم نبتت او قطع يد المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحتسب عن نقصانه
القطع وولد الظبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست
بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رد
اصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصي لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة
ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز
وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم **قال** ومن
غصب جارية فزنى بها فحبلت ثم ردها وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت

ولا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن في الجارية ايضا لان الرد
قد صح والهلاك بعد ذلك بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة فلا يضمن الغاصب كما
اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت في يده ثم ردها فجلدت فهلكت منه
وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها
لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها
ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي اخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب
جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب
بكل القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد
الرد وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرنا شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد
مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال ولا يضمن الغاصب
منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان وقال الشافعي رح يضمنها فيجب
اجر المثل ولا فرق في المذهب بينما اذا عطلها او سكنها وقال مالك رح ان سكنها يجب
اجر المثل وان عطلها لا شيء عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا
بالغصوب ولنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة
في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا للحاجة والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه
لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان لسرعة فنائها وبقاء
الاعيان وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولا نسلم انها متقومة في ذاتها بل تتقوم
ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون
عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين

فصل في غصب ما لا يتقوم

واذا اتلف المسلم
خمر الذمي او خنزيره ضمن وان اتلفهما لمسلم لم يضمن وقال الشافعي رح لم يضمنهما ايضا
للذمي وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما الذمي من الذمي له انه سقط تقومهما
في حق المسلم فكذا في حق الذمي لانهم اتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم
وهو الضمان ولنا ان التقوم باق في حقهم اذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة لنا ونحن
امرنا بان نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الالزام واذا بقي التقوم فقد وجد
اتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه بخلاف الميتة والدم لان احدا من اهل الاديان لا يدين
تمولهما الا انه يجب قيمة الخمر وان كان من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه وتملكه لكونه
اعزازا له بخلاف ما اذا جرت المبايعة بين الذميين لان الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر
وتملكها وهذا بخلاف الربا لانه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لانا
ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا

كان لمن يبيحه لان ولاية المحاجة ثابتة قال وان غصب من مسلم خمرا فخللها او
جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر ان يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة ويعطيه
ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل الاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومنه
الى الشمس وفي الفصل الثاني اذا دبغه بما له قيمة كالقرظ والعفص ونحو ذلك
والفرق ان هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل الثوب النجس فيبقى على ملكه اذ لا تثبت المالية به
وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا
يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه ان ينظر الى قيمته
ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب ان يحبسه حتى
يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع وان استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند ابي
حنيفة وقالا يضمن الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لم يضمنه
بالاجماع اما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتلاف
ويجب مثله لان الخل من ذوات الامثال واما الجلد فلهما انه باق على ملك المالك حتى
كان له ان يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما زاد
الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه
ولانه واجب الرد فاذا فوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار وبخلاف الهلاك نفسه لانه
وقولهما يعطيه ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس اما عند اتحاده يطرح عنه ذلك القدر
ويضمنه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ثم في الرد عليه وله ان التقوم حصل
بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له ان يحبسه
حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تابع لها في حق التقوم ثم الاصل
وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد
حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها ولانه لم يكن
متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن
تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه
قيمته قيل ليس له ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له
ذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن رده
فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بينا ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه
ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه
بلا قيمة كالتراب والشمس فهو لمالكه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه
الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي

حصل فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صفة البياض تابعة للخل فلا يخرج عنه
وان اصابه الاصل يضمن ما عليه كل صفته ولو خلل الخمر بإلقاء الملح فيه قالوا عند ابي حنيفة
صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وعندهما اخذه المالك واعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة الدبغ
في الجلد ومعناه ان يعطي مثل وزن الملح من الخل وان اراد المالك تركه عليه وتضمينه
ضمن على ما قيل في دبغ الجلد ولو استهلكه لا يضمنه عند ابي حنيفة رح خلافا لهما كما في دبغ الجلد
ولو خللها بإلقاء الخل فيه فعن محمد ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء
عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم يصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى فيه
خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير وهو اصله ليس باستهلاك
وعند ابي حنيفة رح هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده
ولا ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد رح لا يضمن في الاستهلاك
في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض المشايخ
اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان
الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت فيه اقوال المشايخ وقد
اثبتناها في كفاية المنتهى **قال** ومن كسر لمسلم بربطا او طبلا او مزمارا او دفا
او اراق له سكرا او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز وهذا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد رح لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف
والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس
مضمون بالاتفاق من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما والسكر اسم للني
من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة
وهو الباذق عن ابي حنيفة رح روايتان في التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء
اعدت للمعصية فبطل تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل امرا بالمعروف وهو بامر
الشرع فلا يضمنه كما اذا فعل باذن الامام ولابي حنيفة رح انها اموال لصلاحيتها
لما يحل من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان
الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان
على المالية والتقوم والامر بالمعروف باليد الى الامراء لقدرتهم وباللسان الى
غيرهم ويجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة
الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي يجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا
هذا وفي السكر والمنصف يجب قيمتها ولا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تمليك
عينه وان كان لو فعل جاز وهذا بخلاف ما اذا اتلف على نصراني صليبا حيث يضمن

يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك **قال** ومن غصب ام ولد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة
المدبرة ولم يضمن قيمة ام الولد عند ابي حنيفة رح وقالا يضمن قيمتها لان مالية المدبرة متقومة
بالاتفاق ومالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع
قال الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق
ثم للجار افاد هذا اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وافاد الترتيب
اما الثبوت فلقوله عليه السلام الشفعة لشريك لم يقاسم ولقوله عم جار الدار احق
بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا وقوله عم الجار احق
بسقبه قيل يا رسول الله ما سقبه قال شفعته ويروى الجار احق بشفعته وقال
الشافعي رح لا شفعة بالجوار لقوله عم الشفعة فيما لا يقسم فاذا وقعت الحدود
وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه
من تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في
معناه لان مؤنة المقاسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما روينا ولان ملكه متصل بملك الدخيل
اتصال تأبيد وقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتبارا
بمورد الشرع وهذا لان الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر
الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصيل اولى لان
الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع فلا يصلح
علة لتحقيق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عم الشريك احق من الخليط
والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع
والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه في كل جزء وبعده
الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة السبب
ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا **قال** وليس للشريك في الطريق والشرب
والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم **قال** فان سلم فالشفعة
للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق
وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف رح ان مع وجود
الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون به ووجه الظاهر
ان السبب تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين
الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار

اوجداره معتمد منها وهو معتمد علي الجار في المنزل وكذا علي الجار في بقية الدار في اصح
الروايتين عن ابي يوسف رح لان اتصاله الداخل بعض البقعة واصح ثم لابد ان يكون الطريق
او الشرب خاصا حتي يستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا
والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رح وعن ابي يوسف رح الخاص ان يكون نهرا يسقي منه قراحان او ثلثة وما زاد علي ذلك
فهو عام فان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة
فبيعت دار في السفلي فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا وان بيعت في العليا
فلاهل السكتين والمعني ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي ولو كان نهر صغير ياخذ منه نهر
اصغر منه فهو علي قياس الطريق فيما بيناه **قال** ولا يكون الرجل بالجذوع علي الحائط
شفيع شركة ولكنه شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع
لا يصير شريكا في الدار الا انه جار ملاصق **قال** والشريك في الخشبة تكون علي
حائط الدار جار لما بينا **قال** واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم علي عدد رؤسهم
ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي رح هي علي مقادير الانصباء لان الشفعة
من مرافق الملك الا يري انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة والولد والثمرة
ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق
الا يري انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا آية كمال السبب وكثرة
الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح يقع بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة هنا
لظهور الاخري بمقابلته وتملك ملك غيره لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة
واشباهها ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل علي عددهم لان الانتقاص
للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل واحد منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غيبا
يقضي بها بين الحضور علي عددهم لان الغائب لعله لا يطلب وان قضي للحاضر بالجميع
ثم حضر آخر يقضي له بالنصف ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهم تحقيقا
للتسوية فلو سلم الحاضر بعد ما قضي له بالجميع لا ياخذ القادم الا النصف لان قضاء
القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء **قال** والشفعة
تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا انه هو السبب لان سببها الاتصال علي ما بيناه والوجه
فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب البايع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا
يكتفي بثبوت البيع في حقه حتي ياخذها الشفيع اذا اقر البايع بالبيع وان كان المشتري بالاعراض
يكذبه **قال** وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل
فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه ولانه يحتاج الي

الي اثباته عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد **قال** وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري
او حكم بها حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الي الشفيع الا بالتراضي او قضاء
القاضي كما في الرجوع في الهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين
او باع داره المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم او
تسليم المخاصم لا تورث عنه في الصورة الاولي وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في
الثالثة لانعدام الملك ثم قوله تجب بعقد البيع بيان انه لا تجب الا عند معاوضة المال بالمال
علي ما نبينه ان شاء الله تعالي

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع
بالبيع اشهد في مجلسه ذلك علي المطالبة اعلم ان الطلب علي ثلثة اوجه طلب المواثبة وهو
ان يطلبها كما علم حتي لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت الشفعة لما ذكرنا ولقوله عليه السلام
الشفعة لمن واثبها ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرا الكتاب
الي اخره بطلت شفعته وعلي هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد رح وعنه ان له مجلس
العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه لما ثبت له خيار التملك فلا بد من زمان
للتامل كما في المخيرة ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله
او قال سبحان الله لا تبطل شفعته لان الاول حمد علي الخلاص من جواره والثاني التعجب منه
لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه علي الاعراض وكذا اذا
قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض
دون بعض والمراد بقوله في الكتاب اشهد في مجلسه ذلك علي المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه
ليس بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الي اختياره الكرخي ويصح الطلب
بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان
الاعتبار للمعني واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتي يخبره رجلان او رجل
وامراتان او واحد عدل عند ابي حنيفة رح وقالا يجب عليه ان يشهد اذا اخبره واحد
حرا كان او عبدا صبيا او امراة اذا كان الخبر حقا واصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد
ذكرناه بدلايله واخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه
الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم
والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضي علي ما ذكرنا و
لا يمكنه الاشهاد ظاهرا علي طلب المواثبة لانه علي فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك
الي طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد
علي البايع ان كان المبيع في يده معناه لم يسلم الي المشتري او علي المبتاع او عند العقار
فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد

وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البايع
المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي
وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت
طلبت الشفعة واطلبها الان فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف رح انه يشترط تسمية
المبيع وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في المعلوم والثالث طلب الخصومة
والتملك وسنذكر كيفيته ان شاء الله تعالى قال ولا تسقط الشفعة بتاخير هذا
الطلب عند ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف وقال محمد رح ان تركها شهرا بعد الاشهاد
بطلت وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن ابي يوسف انه اذا ترك
المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم
يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمد رح انه لو لم يسقط
بتاخير الخصومة منه ابدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع
فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان وجه قول ابي حنيفة رح وهو
ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه
وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل بما اذا كان غائبا
ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض لم تبطل
شفعته بالتاخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا قال
واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سال القاضي المدعى عليه
فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر محتمل فلا
يكفي لاثبات الاستحقاق قال رض يسال القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه
عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها فاذا بين
ذلك يساله عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها
الان تم دعواه على ما قاله الخصاف رح وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع
بها ايضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال فان عجز عن
البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع به معناه
بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف
على العلم فان نكل او قامت للشفيع بينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار
فبعد ذلك يساله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع
اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال فان عجز
عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما يستحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه

من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه
في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله تعالى وانما يحلفه على البتات لانه استحلاف على فعل
نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات قال ويجوز المنازعة في الشفعة
وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي واذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار
الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد رح انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية
الحسن عن ابي حنيفة رح لان الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى
لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه
فكذا لا يشترط احضاره واذا قضي له بالدار فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي الثمن
وينفذ القضاء عند محمد رح لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه
فلو اخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته لانها تاكدت بالخصومة
عند القاضي قال وان احضر الشفيع البايع والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة
لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع
بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البايع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري
واليد للبايع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت
الدار قد قبضت حيث لا يعتبر حضور البايع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد
ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان البيع في حق المشتري
اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان ينفسخ
في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ
الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تتحول الصفقة
اليه ويصير كانه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البايع بخلاف ما اذا قبضه المشتري
فاخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع
قبض المشتري وانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي بتوفيق
الله تعالى قال ومن اشترى دارا لغيره فهو الخصم في الشفعة لانه هو العاقد والاخذ
بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم
يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبايع من الموكل على ما عرف
فتسليمه اليه كتسليم البايع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قايم مقام
الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم وكذلك اذا كان البايع وكيل الغايب
فللشفيع ان ياخذها منه اذا كانت في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البايع وصيا لميت فيما
يجوز بيعه لما ذكرنا قال واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن راها فله خيار الرؤية

فان وجد بها عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة
بمنزلة الشراء من المشتري لانه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخيارات كما في الشراء ولا يسقط
بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس بنائب عنه فلا يملك اسقاط حقه **فصل**

في الاختلاف **قال** وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان
الشفيع يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ولا
يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعي عليه شيئا لتخيره
بين الاخذ والترك ولا نص هنا فلا يتحالفان ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع
والوكيل مع المشتري من العدو ولهما انه لا تنافي فيجعل كان الموجود بيعان فللشفيع ان ياخذ
بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما عقدان الا بانفساخ الاول
وههنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو تخرج لبينة الوكيل لانه كالبايع والموكل
كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روي عن محمد رح واما المشتري من العدو فقلنا
ذكر في السير الكبير ان البينة بينة المالك القديم فلنا ان نمنع ومع التسليم نقول لا يصح
الثاني هناك الا بفسخ الاول اما ههنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري
غير ملزمة والبينات للالزام **قال** واذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع اقل منه ولم يقبض
الثمن اخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا عن المشتري وهذا لان الامر ان كان على ما
قال البائع فقد وجبت الشفعة به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن
وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى ولان التملك على البائع بايجابه فكان
القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فياخذ الشفيع بقوله ولو ادعى البائع
الاكثر يتحالفان ويترادان وايهما نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فياخذها الشفيع بذلك
وان حلفا يفسخ القاضي البيع بينهما على ما عرف وياخذها الشفيع بقول البائع لان فسخ البيع
لا يوجب بطلان حق الشفيع **قال** وان كان قبض الثمن اخذها بما قال المشتري ان شاء
ولم يلتفت الى قول البائع لانه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين وصار
كالاجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر
فقال البائع بعت الدار بالف وقبضت الثمن ياخذها الشفيع بالالف لانه لما بدا
بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد اسقاط حق
الشفيع بالبيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله لانه بالاول
وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن **فصل**

فيما يؤخذ به المشفوع **قال** واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع

عن الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط ذلك عن الشفيع لان حط البعض يلتحق باصل
العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا اذا حط بعدما اخذها الشفيع بالثمن
يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال
وقد بيناه في البيوع وان زاد المشتري البائع في الثمن لم تلزم الزيادة الشفيع لان في اعتبار
الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بما دونها بخلاف الحط لان فيه منفعة له
ونظير الزيادة اذا جدد العقد باكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان ياخذها
بالثمن الاول لما بينا كذا هذا **قال** ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته لانه
من ذوات القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله لانهما من ذوات الامثال
وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملكه فيراعى بالقدر
الممكن كما في الاتلاف والعددي المتقارب من ذوات الامثال وان باع عقارا بعقار
اخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لانه بدله وهو من ذوات القيم فياخذه بقيمته
قال وان باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى
ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر له ذلك
وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به
فياخذه باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط
فيما بين الشفيع والبائع او المشتري وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع
لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه حق المشتري ولو كان وصفا
له لتبعه فيكون حقا للبائع كالثمن وصار كما اذا اشترى شيئا بثمن مؤجل ثم ولاه
غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن
المشتري لما بيناه من قبل وان اخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل
كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه فصار كما اذا باع
بثمن حال وقد اشتراه مؤجلا وان اختار الانتظار له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة
الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده
الصبر عن الاخذ اما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رح في قوله الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ
متراخ عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيشترط
الطلب عند العلم بالبيع **قال** واذا اشترى ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي
اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بصحته فيما بينهم وحق الشفعة
يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فياخذ في الاول بالمثل وفي الثا

بالقيمة **قال** وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر وكذا
الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما
وذميا اخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض
بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام يتاكد حقه لا ان
يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر من الرطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه ياخذها بقيمة الرطب
كذا هذا **فصل** واذا بنى المشتري او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء
اخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه لا يكلف
القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك وبه قال الشافعي
الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف رح انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار
ملكه والتكليف بالقلع من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما
اذا زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين
بتحمل الادنى فيصار اليه ووجه الظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به حق متاكد للغير
من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى
من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف
الهبة والشراء الفاسد عند ابي حنيفة رح لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان
حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لايجاب
القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا لان له نهاية معلومة
ويبقى بالاجر وليس فيه كثير ضرر وان اخذه بالقيمة يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب
ولو اخذها الشفيع فبنى فيها او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق
ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذها منه ولا على المشتري ان اخذها منه
وعن ابي يوسف رح انه يرجع لانه متملك عليه فنزل منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو
المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط
في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه **قال** واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها
او جف شجر البستان بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء
والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصر مقصودا ولهذا
يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرق نصف الارض حيث ياخذ الباقي
بحصته لان الفائت بعض الاصل وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله **قال**
وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة بحصتها وان شئت فدع
لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية

وليس للشفيع ان ياخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا **قال** ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها
ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان
وفي القياس لا ياخذه لانه ليس بتبع الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه المتاع
في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار كالبناء في الدار وما كان
مركبا فيه فياخذه الشفيع **قال** وكذلك اذا ابتاعها وليس في النخل ثمر فاثمر في يد المشتري
يعني ياخذه الشفيع لانه مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيعة **قال**
فان جذه المشتري ثم جاء الشفيع لا ياخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا
للعقار وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا ياخذه قال في الكتاب فان جذه المشتري
سقط عن الشفيع حصته من الثمن قال رض وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في
البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني ياخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن
لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن ه

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب قال

الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم لان
الشفعة انما وجبت دفعا لضرر مؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا
قوله عليه السلام الشفعة في كل شيء عقار او ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة
سببها الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر وانه ينتظم القسمين
ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر والطريق **قال** ولا شفعة في العروض
والسفن لقوله عليه السلام لا شفعة الا في ربع او حائط وهو حجة على مالك في ايجابها في
السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول
لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء
والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان
نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا
لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له من حق القرار التحق بالعقار **قال** والمسلم والذمي
في الشفعة سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان في الاستحقاق
ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان
ماذونا او مكاتبا **قال** واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن
مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر
قال ولا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها او يخالع المراة بها او يستاجر بها دارا او غيرها
او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة

المال بالمال لما بيناه وهذه الاعواض ليست بمال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب
الموضوع وعند الشافعي تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ
بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها راسا وقوله يتاتي فيما
اذا جعل شقصا من دار مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم
منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا
الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق
فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه
مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها
على دار على ان ترد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة وقالا تجب في حصة
الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ
النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة
شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب
المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه **قال** او يصالح عليها بانكار فان صالح عنها
باقرار وجبت الشفعة قال رض هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها
بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقيت الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه
وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما
اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح
فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك
لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه **قال** ولا شفعة في
الهبة لما ذكرنا الا ان تكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض ولا يكون
الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم يكن
العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع
الرجوع **قال** ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع
فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند سقوط
الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار
وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتني عليه على ما مر
وان اخذها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط
وهو للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ بالشفعة
اما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا ان كان للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في

في البيوع ولا يغيره فاذا اخذها كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث
لا يبطل خياره باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف
بدلالته ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية لانعدام ملكه في الاولى
حين بيعت الثانية **قال** ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم
زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد
وفي اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع
الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفي الفاسد ممنوع عنه **قال** فان سقط الفسخ وجبت
الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه
وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت
شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم
بالشفعة ليس بشرط فبقي المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري
قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان
استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا **قال** واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة
لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجري فيها الجبر والشفعة ما شرعت
الا في المبادلة المطلقة **قال** واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري
بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد
الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه وان ردها
بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما
وقد قصدا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي
والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لانه قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء
على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو بكسر الراء ومعناه
لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بينا ولا تصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة
لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط
لانهما يثبتان لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه به وهذا المعنى موجود في القسمة والله اعلم

باب ما يبطل به الشفعة

قال وان ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه
عن الطلب لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد
في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار وقد اوضحناه فيما تقدم **قال**
وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس

بحق متقرر في المحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز
من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بالمال
لما بينا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل
ونظيره اذا قال للمخيرة اختاري بالف او قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف
فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة
في رواية وفي اخرى لا يبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل
هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه قال واذا مات الشفيع بطلت شفعته وقال
الشافعي يورث قال معناه اذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي
قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر
في البيوع ولانه بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه وقت
البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا يستوجب الشفعة بدونه وان مات
المشتري لم يبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته
ولو باعه القاضي او الوصي او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ
الدار لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حيوته قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل
ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك وهو الاتصال
بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين
وهو لا يعلم وهذا بخلاف ما اذا باع الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي
الاتصال قال ووكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع
فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له لا شفعة له ومن اشترى او ابتيع له فله الشفعة
لان الاول بأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض
شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع
فلا شفعة له وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع
فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال
واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها
الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول او لتعذر
الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذا كل مكيل او موزون
او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة
وهي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة وكذا اذا كانت
اكثر وقال زفر له الشفعة لتفاوت في الجنس ولو علم ان المشتري هو مع غيره فله ان

ياخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء
الجميع فله الشفعة لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية
لان التسليم في الكل تسليم في ابعاضه **فصل** واذا باع دارا الا مقدار ذراع في طول
الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة وكذا اذا وهب منه هذا
المقدار وسلمه اليه لما بينا قال وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة
للجار في السهم الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني
شريك فيقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما مثلا والباقي بالباقي
وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون الثوب لانه عقد
آخر والثمن هو العوض عن الدار قال وهذه حيلة اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف
قيمتها ويعطي بها ثوب بقدر قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري
الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا
استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير قال ولا يكره الحيلة في اسقاط
الشفعة عند ابي يوسف رح ويكره عند محمد رح لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو
ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف
الحيلة في اسقاط الزكوة **مسائل متفرقة** قال واذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل
فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من خمسة اخذها كلها او تركها والفرق
ان في الوجه الثاني باخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر
وفي الوجه الاول يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا
بين ما قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا نقد
ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنزلة احد المشترين
بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان
العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي قال
ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار
للمشتري او يدع لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض
بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه بعود العهدة على البائع
فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة
وقاسم المشتري الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي
قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه
الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان الشفيع يأخذ

النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف لان المشتري لا يملك
ابطال حقه بالقسمة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله انه انما ياخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها
لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الاخر قال ومن باع دارا وله عبد مأذون عليه دين فله الشفعة
وكذا اذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة
الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة
لمن بيع له قال وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد وزفر هو على شفعته اذا بلغ وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا
وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر
انه حق ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله
اضرارا به ولهما انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا ترى ان من اوجب بيعا للصبي صح رد الاب
والوصي ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية
نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت
باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح
بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة
كثيرة فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصح التسليم منهما ولا رواية عن ابي يوسف رحمه الله

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي صلى الله عليه وسلم باشرها في المغانم والمواريث
وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان
له وبعضه كان لصاحبه فهو ياخذه عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز
هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما ان ياخذ نصيبه حال غيبة
صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو
الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما ان ياخذ نصيبه عند غيبة الاخر
ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد
اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد
والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسال القاضي
ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي اجابته وان
كانت اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت
في المقاصد ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه
من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه

يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي ولان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون
كفايته في مالهم غرما بالغنم قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه باجر على المتقاسمين
لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت
المال لانه ارفق بالناس وابعد عن التهمة ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما بالقسمة لانه
من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد على قوله وهو بالامانة
ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لا يجبرهم على ان يستاجروه لانه لا جبر على العقود
ولانه لو تعين لتحكم بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان فيهم صغير
فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه ولا يترك القسام يشتركون كيلا تصير الاجرة
غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر كل واحد منهم اليه خيفة الفوت فترخص الاجرة
قال واجرة القسمة على عدد الرؤس عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا على قدر الانصباء لانه مؤنة
الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة ونفقة المملوك المشترك
ولابي حنيفة رحمه الله ان الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى
القليل وقد ينعكس الامر فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر
لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على
الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو يتفاوت وهو العذر
لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال
واذا حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان
لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موته وعدد ورثته وقال
صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك
ما سوى العقار وادعوا انه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه
قسمه بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع لهم فيقسمه بينهم كما
في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا تفيد الا
انه يذكر في كتاب القسمة انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله ان القسمة
قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة تنفذ
وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة واذا كانت قضاء على الميت فالاقرار
ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث
ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه تقبل البينة عليه
مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا للحاجة الى الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه
ولان المنقول مضمون على من وقع في يده ولا كذلك العقار عنده وبخلاف المشترى لان المبيع

لا يبقى على ملك البايع وان لم يقسم فلم يكن القسمة قضاء على الغير قال وان ادعى الملك
ولم يذكروا كيف انتقل قسمه بينهم لانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم اقروا بالملك
لغيرهم قال رضه هذه رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان
واقاما البينة انها في ايديهما وارادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة انها لهما لاحتمال ان تكون
لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ
في العقار غير محتاج اليه وقسمة الملك يفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال
وان حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم
وارث غائب قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب وكذا لو كان
مكان الغائب صبي يقسم وينصب عنه وصيا يقبض نصيبه لان فيه نظرا للغائب والصغير ولا بد
من اقامة البينة في هذه الصورة عنده ايضا خلافا لما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين
لم يقسم مع غيبة احدهم والفرق ان ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه
بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير مغرورا بشرا المورث فانتصب احدهما خصما عن
الميت فيما في يده والاخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما الملك الثابت
بالشرا فملك مبتدا ولهذا لا يرد بالعيب على بايع بايعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب
فوضح الفرق وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شي منه لم يقسم وكذا اذا كان في
يد مودعه وكذا اذا كان في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق
يدهما من غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه والقضاء من غير
خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب
قال وان حضر وارث واحد لم يقسم وان اقام البينة لانه لا بد من حضور خصمين لان الواحد
لا يصلح مخاصما ومخاصما وكذا مقاسما ومقاسما بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين على ما بينا
ولو كان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا اقيمت البينة وكذا
اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث فيها وطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث
والوصية لاجتماع الخصمين الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر
بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال واذا كان كل واحد
من الشركا ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم
على ما بيناه من قبل وان كان ينتفع احدهم والاخر يستضر لقلة نصيبه فان طلب صاحب
الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع به فاعتبر طلبه والثاني متعنت
في طلبه فلم يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره
والاخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه

والوجه الاول ما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول وان كان كل واحد يستضر
لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها وتجوز
بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما اما القاضي فيعتمد الظاهر قال ويقسم العروض
اذا كانت من صنف واحد لان عند اتحاد الجنس يتحقق المقصود ويحصل التعديل في القسمة
والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضهما في بعض لانه لا اختلاط بين الجنسين فلا تقع
القسمة تمييزا بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم القاضي
كل مكيل وموزون كثير او قليل والمعدود المتقارب وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد
والنحاس والابل بانفرادها والبقر والغنم ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا
ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت باجناس مختلفة ويقسم الثياب الهروية
لاتحاد الصنف ولا يقسم ثوبا واحدا لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع
ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب
وربع ثوب بثوب وثلثة ارباع ثوب لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز قال
ابو حنيفة رحه لا يقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في
الابل والغنم ورقيق المغنم وله ان التفاوت في الادمي فاحش لتفاوت المعاني الباطنة
فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت فيها يقل عند اتحاد الجنس الا يرى ان الذكر
والانثى من بني ادم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف المغانم لان حق الغانمين في المالية
حتى كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر
فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللالي واليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة
التفاوت ويقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة
الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا يرى انه لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع
عليها لا تصح التسمية وتصح ذلك على عبد فاولى ان لا يجبر على القسمة قال ولا يقسم
حمام ولا بير ولا رحا الا ان يتراضى الشركا وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل
على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي
بخلاف التراضي لما بينا قال واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد قسم كل دار على حدتها
في قول ابي حنيفة رحه وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف
الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى
اجناس معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي
وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال والجيران
والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة ولهذا لا يجوز

لتوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا تنصرف التسمية كما هو الحكم فيهما في التوكيل بخلاف الدار الواحدة
اذا اختلفت بيوتها لانه يقسم كل بيت على حدة ضرورة فقسمة الدار قسمة واحدة وقال في تفصيل الوضع
في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا يجمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما
وعن محمد رحمه الله انه يقسم احدهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال تقسم قسمة واحدة لان التفاوت
فيما بينها يسير والمنازل المتلاصقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت
على ما مر فيأخذ شبها من كل واحد **قال** وان كانت دار وضيعة او دار وحانوت قسم كل واحد منهما
على حدة لاختلاف الجنس قال رضي الله عنه جعل الدار والحانوت جنسين وكذا ذكر الخصاف وقال في اجارات
الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسألة
روايتان او تبنى حرمة الربا هناك على شبهة المجانسة

فصل في كيفية القسمة

قال وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على سهام القسمة ويروى يعزله
اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخر ويفرز
كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق فينقطع
المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث
على هذا ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل
ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا
لتمكن القسمة وقد شرحناه مشبعا في كفاية المنتهى بتوفيق الله تعالى وقوله في الكتاب ويفرز
كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه بيان الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله
ان شاء الله تعالى والقرعة لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا
من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام **قال** ولا يدخل في القسمة الدراهم
الا برضاهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه يفوت به التعديل
في القسمة لان احدهم يصل الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له واذا
كان ارض وبناء فعن ابي يوسف رحمه الله انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن اعتبار المعادلة
الا بالتقويم وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يقسم الارض بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع
البناء في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة
ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية المهر ضرورة التزويج وعن محمد رحمه الله
انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية
بان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد للفضل دراهم لان الضرورة في هذا القدر فلا
يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل **قال** فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر
او طريق لم يشترط في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق

ويسيل في نصيب الآخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وان لم يمكن فسخت القسمة
لان القسمة مختلة لما فيه من الضرر وبقاء الاختلاط فيستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد
في هذه الصورة لان المقصود منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة
لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول كذلك الجواب لان
معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن
تحقيقه بصرف الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع اذا ذكر فيه الحقوق
حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل لانه امكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء
هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك
بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع
التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها
بدون التنصيص لان كل المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق
فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان يستقيم لكل واحد طريق
يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه
وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق
ولو اختلفوا في مقداره يجعل على عرض باب الدار وطوله لان الحاجة تندفع به والطريق
على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان الطريق
بينهما اثلاثا جاز وان كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي **قال**
واذا كان سفل لا علو له وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر
بغير ذلك قال رضي الله عنه هذا عند محمد وقال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله تقسم بالذرع لمحمد ان السفل
يصلح لما لا يصلح له العلو من اتخاذه بئرا او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق التعديل
الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة في المذروع لا في القيمة فيصار
اليه ما امكن والمراعى التسوية في السكنى لا في المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية
القسمة بالذرع قال ابو حنيفة رحمه الله ذراع من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع
بذراع قيل اجاب كل واحد منهم على عادة اهل عصره او اهل بلده في تفضيل السفل على العلو
واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى وجه قول ابي حنيفة رحمه الله
ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو
لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه
البناء على علوه الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي يوسف رحمه الله
ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان لان لكل واحد منهما ان يفعل

ما لا يفضل بالآخر على أصله ولمحمد أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة
إليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة والفتوى اليوم على قول محمد وقوله لا يفتقر إلى التفسير وتفسير
قول أبي حنيفة في مسألة الكتاب أن يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث
ذراع من البيت الكامل لأن العلو مثل نصف السفل وثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من السفل ستة
وستون وثلثان ومعه ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع تساوي
مائة من العلو المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون
وثلثا ذراع لأن علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة بإزاء
وستون وثلثان لأنه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل
خمسون ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد وبمائة ذراع من العلو المجرد لأن
العلو والسفل سواء عنده فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون منها
سفل وخمسون منها علو **قال** وإذا اختلف المتقاسمون فشهد القاسمان قبلت شهادتهما
قال رض هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد لا تقبل وهو قول أبي يوسف أولا
وبه قال الشافعي رح وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما وقاسما القاضي وغيرهما سواء لمحمد رح
أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله
ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل أنفسهما لأن فعلهما
التمييز ولا حاجة إلى الشهادة عليه أو لأنه لا يصلح مشهودا به لما أنه غير لازم وإنما يلزمه
بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي رح إذا
قسما بأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع وإليه مال بعض المشايخ لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا
عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل إلا أنا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة
إلى أنفسهما مغنما لاتفاق الخصوم على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وإنما الاختلاف
في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لأن شهادة الفرد غير مقبولة على
الغير ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال إلى آخر يقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه
ولا يقبل في إلزام الآخر إذا أنكر

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق

قال وإذا ادعى أحدهما الغلط وزعم أن مما أصابه شيئا في يد صاحبه وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء
لم يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بحجة
فإن لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيبه ونصيب المدعي فيقسم
بينهما على قدر أنصبائهما لأن النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رض
وينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه وإليه أشار من بعد وإن قال قد استوفيت
حقي وأخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه لأنه يدعي عليه الغصب وهو منكر وإن

قال أصابني إلى موضع كذا فلم يسلمه إلي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا
وفسخت القسمة لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار
المبيع على ما ذكرنا من أحكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا في التقويم لم يلتفت إليه لأنه
دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي إلا إذا كانت القسمة
بقضاء القاضي والغبن فاحش لأن تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا وأصاب
كل واحد طائفة فادعى أحدهما بيتا في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر
فعليه إقامة البينة لما ذكرنا وإن أقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لأنه خارج وبينة الخارج
تترجح على بينة ذي اليد وإن كان قبل الإشهاد على القبض تحالفا وترادا
وكذا إذا اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه
لما بينا وإن قام أحدهما بينة قضي له وإن لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع

فصل وإذا استحق بعض نصيب أحدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند أبي حنيفة رحمه الله
ورجع بحصته ذلك في نصيب صاحبه وقال أبو يوسف تفسخ القسمة قال رض ذكر الاختلاف
في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الأسرار والصحيح أن الاختلاف في استحقاق
بعض شائع من نصيب أحدهما فأما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالإجماع
ولو استحق بعض شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة أوجه ولم يذكر قول محمد
وذكره أبو سليمان مع أبي يوسف وأبو حفص مع أبي حنيفة رح وهو الأصح لأبي يوسف أن باستحقاق
بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه باطلة كما إذا استحق بعض شائع في
النصيبين وهذا لأن باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الإفراز لأنه يوجب
الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق
جزء شائع في نصيب أحدهما ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بأن كان
النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه
فاقتسما على أن لأحدهما ما لهما من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق
شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين لأنه لو بقيت القسمة تتضرر الثالث بتفرق
نصيبه في النصيبين أما هنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة المسألة إذا أخذ أحدهما
الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم
فعندهما إن شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وإن شاء رجع على صاحبه
بربع ما في يده من المؤخر لأنه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فإذا استحق النصف
رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه
ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خيار

يبيع البعض عند أبي يوسف رحمه الله ما في يد صاحبه بينهما أنصافا ويضمن قيمة نصف ما باع
لصاحبه لأن القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه
وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف نصيب صاحبه **قال** ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة
دين محيط ردت القسمة لأنه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا إذا كان غير محيط لتعلق
حق الغرماء بالتركة إلا إذا بقي من التركة ما يفي بالدين وراء ما قسم لأنه لا حاجة إلى نقض
القسمة في إيفاء حقهم ولو أبرأه الغرماء بعد القسمة أو أداه الورثة من مالهم والدين محيط
أو غير محيط جازت القسمة لأن المانع قد زال ولو ادعى أحد المتقاسمين دينا في التركة
صح دعواه لأنه لا تناقض إذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادعى
عينا بأي سبب كان لم يسمع للتناقض إذ الإقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم
مشتركا

فصل في المهاياة

المهاياة جائزة استحسانا للحاجة إليه إذ يتعذر الاجتماع على
الانتفاع فأشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة إلا أن القسمة
أقوى منه في استكمال المنفعة لأنه جمع المنافع في زمان واحد والتهايؤ على التعاقب
ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لأنه أبلغ في التكميل
ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لأنه أبلغ
ولا يبطل التهايؤ بموت أحدهما ولا بموتهما لأنه لو انتقض لاستأنفه الحاكم ولا فائدة
في النقض ثم الاستئناف ولو تهايآ في دار واحدة على أن يسكن هذا طائفة وهذا طائفة
أو هذا علوها وهذا سفلها جاز لأن القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ
في هذا الوجه إفراز لجميع الأنصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التأقيت ولكل واحد أن
يستغل ما أصابه بالمهاياة شرط ذلك في العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايآ
في عبد واحد على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا في البيت الصغير لأن المهاياة قد يكون
في الزمان وقد يكون من حيث المكان والأول متعين هنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان
والمكان في محل يحتملهما يأمرهما القاضي بأن يتفقا لأن التهايؤ في المكان أعدل وفي الزمان أكمل
فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فإن اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية
نفيا للتهمة ولو تهايآ في العبدين على أن يخدم هذا هذا العبد والآخر الآخر جاز عندهما
لأن القسمة على هذا الوجه جائزة عندهما جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند أبي حنيفة
لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لأنه لا يجري فيه الجبر عنده والأصح أنه يقسم القاضي
عنده أيضا لأن المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لأنها تتفاوت
تفاوتا فاحشا على ما تقدم ولو تهايآ فيهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز
استحسانا للمسامحة في إطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لأنه لا يتسامح فيها ولو تهايآ

في دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضي عليه عندهما فظاهر لأن
الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن أبي حنيفة رحمه الله
أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لأنه بيع السكنى بالسكنى
بخلاف قسمة رقبتهما لأن بيع أحدهما ببعض الآخر جائز وجه الظاهر أن التفاوت قل في
المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر إفرازا أما يكثر التفاوت في
أعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز المهاياة على الركوب عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما
يجوز اعتبارا بقسمة الأعيان وله أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فإنهم بين
حاذق وأخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف
العبد فإنه يخدم باختياره فلا يحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها وأما التهايؤ
في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة الواحدة
لا يجوز ووجه الفرق أن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء والاعتدال ثابت في
الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان لتوالي أسباب التغير عليه فتفوت
المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة أحدهما عليها في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة
ليتحقق التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع فلا تضره زيادة
الاستغلال من بعد والتهايؤ على الاستغلال في الدارين جائز أيضا في ظاهر الرواية
لما بينا ولو فضلت غلة أحدهما لا يشتركان فيه بخلاف الدار الواحدة والفرق أن في الدارين
معنى التمييز والإفراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول
فاعتبر قرضا وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من الفضل
وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع ولا يجوز عنده لأن التفاوت
في أعيان الرقيق أكثر منه من حيث الزمان في العبد الواحد فأولى أن يمتنع الجواز والتهايؤ
في الخدمة جوز ضرورة ولا ضرورة في الغلة لإمكان قسمتها لكونها عينا ولأن الظاهر
هو التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتقاسان ولا يجوز في الدابتين
عنده خلافا لهما والوجه ما بيناه في الركوب ولو كان نخل أو شجر أو غنم بين اثنين فتهايآ على
أن يأخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها أو يرعاها ويشرب ألبانها لا يجوز لأن المهاياة
في المنافع ضرورة أنها لا تبقى فيتعذر قسمتها وهذه أعيان باقية ترد القسمة عليها
عند حصولها والحيلة أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو
ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه إذ قرض المشاع جائز

كتاب المزارعة

قال أبو حنيفة رحمه الله المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم أن المزارعة لغة مفاعلة

من الزرع وفي الشريعة هي عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا
جائزة لما روي أن النبي عليه السلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع ولأنه عقد شركة بين المال
والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فإن ذا المال قد لا يهتدي إلى العمل والقوي
عليه لا يجد المال فمست الحاجة إلى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود
القز معاملة بنصف الزوائد لأنه لا أثر هناك للعمل في تحصيلها فلم تتحقق شركة وله ما روي
عن النبي عليه السلام أنه نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى
قفيز الطحان ولأن الأجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام أهل خيبر كان
خراج مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز وإذا فسدت عنده فإن سقى الأرض وكربها
ولم يخرج شيء فله أجر مثله لأنه في معنى إجارة فاسدة وهذا إذا كان البذر من قبل صاحب الأرض
وإن كان من قبله فعليه أجر مثل الأرض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لأنه نماء ملكه وللآخر
الأجر كما فصلنا إلا أن الفتوى على قولهما لحاجة الناس إليها ولظهور تعامل الأمة بها
والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط
أحدها كون الأرض صالحة للزراعة لأن المقصود لا يحصل دونه والثاني أن يكون
رب الأرض والمزارع من أهل العقد وهو لا يختص به لأن عقدا ما لا يصح إلا من الأهل
والثالث بيان المدة لأنه عقد على منافع الأرض أو منافع العامل والمدة هي المعيار لها لتعلم بها
والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة وإعلاما للمعقود عليه وهو منافع الأرض أو منافع
العامل والخامس بيان نصيب من لا بذر من قبله لأنه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد أن يكون
معلوما وما لا يعلم لا يستحق شرطا بالعقد والسادس أن يخلي رب الأرض بينها وبين العامل
حتى لو شرط عمل رب الأرض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله
لأنه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان مفسدا للعقد والثامن بيان جنس البذر
ليصير الأجر معلوما قال وهي عندهما على أربعة أوجه إن كانت الأرض والبذر لواحد و
البقر والعمل لواحد جازت المزارعة لأن البقر آلة العمل فصار كما إذا استأجر خياطا ليخيط
بإبرة الخياط وإن كانت الأرض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جازت لأنه استئجار الأرض
ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما إذا استأجرها بدراهم معلومة وإن كانت الأرض والبذر والبقر
لواحد والعمل لواحد جازت لأنه استأجره للعمل بآلة المستأجر كما إذا استأجر خياطا ليخيط
ثوبه بإبرته أو طيانا ليطين بمره وإن كانت الأرض والبقر لواحد والبذر والعمل من آخر
فهي باطلة وهذا الذي ذكره ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز أيضا لأنه لو شرط البذر
والبقر عليه يجوز فكذا إذا شرط وحده وصار كجانب العامل وجه الظاهر أن منفعة البقر
ليست من جنس منفعة الأرض لأن منفعة الأرض قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر

صلاحية يقام بها العمل وكل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر أن يجعل تابعة لها بخلاف
جانب العامل لأنه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة العامل وههنا وجهان آخران لم يذكرهما
أحدهما أن يكون البذر لأحدهما والأرض والبقر والعمل لآخر فإنه لا يجوز لأنه يتم شركة بين
البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني أن يجمع بين البذر والبقر وأنه لا يجوز أيضا لأنه لا يجوز
عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والخارج في الوجهين لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر
المزارعات الفاسدة وفي رواية لصاحب الأرض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له لاتصاله
بأرضه قال ولا تصح المزارعة إلا على مدة معلومة لما بينا وأن يكون الخارج بينهما شائعا
تحقيقا لمعنى الشركة فإن شرطا لأحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة لأن به تنقطع الشركة
لأن الأرض عساها لا تخرج إلا هذا القدر وصار كاشتراط دراهم معدودة لأحدهما
في المضاربة وكذا إذا شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين
لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في بعض معين أو في جميعه بأن لم يخرج إلا قدر البذر وصار
كما إذا اشترطا رفع الخراج والأرض خراجية وأن يكون الباقي بينهما بخلاف ما إذا شرط صاحب
البذر عشر الخارج لنفسه أو للآخر والباقي بينهما لأنه معين مشاع فلا يؤدي إلى قطع الشركة
كما إذا شرطا رفع العشر وقسمة الباقي والأرض عشرية وكذلك ما على الماذيانات والسواقي
معناه لأحدهما لأنه إذا شرط لأحدهما زرع موضع معين أفضى ذلك إلى قطع الشركة لأنه
لعله لا يخرج إلا من ذلك الموضع وعلى هذا إذا شرط لأحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر
ما يخرج من ناحية أخرى وكذا إذا شرط لأحدهما التبن وللآخر الحب لأنه عسى أن يصيبه آفة
فلا ينعقد الحب ولا يخرج إلا التبن وكذا إذا شرطا التبن نصفين والحب لأحدهما
بعينه لأنه يؤدي إلى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين
ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر
لأنه نماء بذره وفي حقه لا يحتاج إلى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه
وقال مشايخ بلخ التبن بينهما أيضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولأنه
تبع للحب والتبع يقوم بشرط الأصل ولو شرطا الحب نصفين والتبن لصاحب البذر
صحت لأنه حكم العقد وإن شرطا التبن للآخر فسدت لأنه شرط يؤدي إلى قطع الشركة
بأن لا يخرج إلا التبن واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال وإذا صحت المزارعة
فالخارج على الشرط لصحة الالتزام وإن لم تخرج الأرض شيئا فلا شيء للعامل لأنه
يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج وإن كانت إجارة فالأجر مسمى فلا يستحق غيره
بخلاف ما إذا فسدت لأن أجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج قال
وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لأنه نماء ملكه واستحقاق الأجر بالتسمية

وقد فسخ يبقى النماء كله لصاحب البذر قال ولو كان البذر من رب الأرض فللعامل أجر مثله لا يزاد
على مقدار ما شرط له لأنه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح وقال محمد
له أجر مثله بالغاً ما بلغ لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه قيمتها إذ لا مثل لها وقد مرّ في الإجارات
وإن كان من قبل العامل فلصاحب الأرض أجر مثل أرضه لأنه استوفى منافع الأرض بعقد فاسد
فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد على ما شرط له من الخارج
فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الأرض والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر
مثل الأرض والبقر هو الصحيح لأن له مدخلاً في الإجارة وهي إجارة معنى وإذا استحق
رب الأرض الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لأن النماء حصل من أرض
مملوكة له وإن استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الأرض وتصدق بالفضل لأن
النماء يحصل من البذر ويخرج من الأرض وفساد الملك في منافع الأرض أوجب خبثاً فيه
فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به قال وإذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب
البذر من العمل لم يجبر عليه لأنه لا يمكنه المضي في العقد إلا بضرر يلزمه فصار كما إذا استأجر
أجيراً ليهدم داره وإن امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل لأنه لا يلحقه
بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم بمنزلة الإجارة إلا إذا كان عذر يفسخ به الإجارة
فيفسخ به المزارعة قال ولو امتنع رب الأرض والبذر من قبله وقد كرب المزارع الأرض
فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء
العامل لأنه غرّه في ذلك قال وإذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتباراً بالإجارة
وقد مرّ الوجه في الإجارات فلو كان دفعها في ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة الأولى
ولم يستحصد الزرع وتقسم على الشرط وتنتقض المزارعة فيما بقي من السنتين لأن في إبقاء
العقد في السنة الأولى مراعاة الحقين بخلاف السنة الثانية والثالثة لأنه ليس فيه ضرر
بالعامل فيحافظ فيهما على القياس ولو مات رب الأرض قبل الزراعة بعد ما كرب الأرض وحفر
الأنهار انتقضت المزارعة لأنه ليس فيه إبطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة ما عمل
لما نبينه إن شاء الله تعالى وإذا فسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الأرض فاحتاج
إلى بيعها جاز كما في الإجارة وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الأرض وحفر الأنهار بشيء
لأن المنافع إنما تتقوم بالعقد وهو إنما قوّم بالخارج وإذا انعدم الخارج لم يجب شيء
ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الأرض في الدين حتى يستحصد الزرع لأن في البيع
إبطال حق المزارع والتأخير أهون من الإبطال ويخرجه القاضي من الحبس إن كان حبسه
في الدين لأنه لما امتنع بيع الأرض لم يكن هو ظالماً والحبس جزاء الظلم قال وإذا انقضت
مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر مثل نصيبه من الأرض إلى أن يستحصد

والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما حتى يستحصد الزرع لأن في تبقية الزرع بأجر
المثل تعديل النظر من الجانبين فيصار إليه وإنما كان العمل عليهما لأن العقد قد انتهى بانتهاء المدة
وهذا عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما إذا مات رب الأرض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه
على العامل لأن هناك أبقينا العقد في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل أما ههنا العقد
قد انتهى فلم يكن هذا إبقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فإن أنفق أحدهما
بغير إذن صاحبه وأمر القاضي فهو متطوع لأنه لا ولاية له عليه ولو أراد رب الأرض أن يأخذ
الزرع بقلاً لم يكن له ذلك لما فيه من الإضرار بالمزارع ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلاً
قيل لصاحب الأرض اقلع الزرع فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع
وارجع بما تنفقه في حصته لأن المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لأن إبقاء العقد بعد
وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الأرض مخير بين هذه الخيارات لأن بكل ذلك
يستدفع الضرر عن نفسه ولو مات المزارع بعد نبات الزرع فقالت ورثته نحن نعمل إلى
أن يستحصد الزرع وأبى رب الأرض فلهم ذلك لأنه لا ضرر على رب الأرض ولا أجر لهم
بما عملوا لأنا أبقينا العقد نظراً لهم فإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا
والمالك على الخيارات الثلاث لما بينا قال وكذلك أجرة الحصاد والرفاع والدياس و
التذرية عليهما بالحصص فإن شرطاه في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس يختص
بما ذكرنا من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات
ووجه ذلك أن العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك كان
بينهما ولا عقد فيجب عليهما وإذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه وفيه منفعة لأحدهما
يفسد العقد كشرط الحمل والطحن على العامل وعن أبي يوسف أنه يجوز ذلك إذا شرط ذلك على
العامل للتعامل اعتباراً بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ رح وقال شمس الأئمة
السرخسي رح هذا هو الأصح في ديارنا فالحاصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك كالسقي والحفظ
فهو على العامل وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد
والدياس وأشباههما على ما بينا وما كان بعد القسمة فهو عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان
قبل إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الإدراك كالجداد
والحفظ فهو عليهما ولو شرط الجداد على العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه وما كان
بعد القسمة فهو عليهما لأنه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد في الزرع على رب الأرض
لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه ولو أراد فصل القصيل أو جدّ التمر بسراً أو التقاط
الرطب فذلك عليهما لأنهما أنهيا العقد لما عزما على الفصل والجداد بسراً فصار كما بعد الإدراك

كتاب المساقاة

قال أبو حنيفة رحمه الله المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة إذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءاً من الثمر مشاعاً والمساقاة هي المعاملة والكلام فيها كالكلام في المزارعة وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة إلا تبعاً للمعاملة لأن الأصل في هذا المضاربة والمعاملة أشبه بها لأن فيه شركة في الزيادة دون الأصل وفي المزارعة لو شرطا الشركة في الربح دون البذر بأن شرطا رفعه من رأس الخارج تفسد فجعلنا المعاملة أصلاً وجوزنا المزارعة تبعاً له كالشرب في بيع الأرض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيه لأنه إجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان إذا لم يبين المدة يجوز ويقع على أول ثمر يخرج لأن الثمر لإدراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وإدراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة إدراك الثمار لأن له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف الزرع لأن ابتداءه يختلف كثيراً خريفاً وصيفاً وربيعاً والانتهاء بناء عليه فيدخله الجهالة وبخلاف ما إذا دفع إليه غرساً قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز إلا ببيان المدة لأنه يتفاوت بقوة الأراضي وضعفها تفاوتاً فاحشاً وبخلاف ما إذا دفع نخيلاً أو أصول رطبة على أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة لأنه ليس لذلك نهاية معلومة لأنها تنمو ما تركت في الأرض فجهلت المدة وشرط تسمية الجزء مشاعاً لما بينا في المزارعة إذ شرط جزء معين يقطع الشركة فإن سميا في المعاملة وقتاً يعلم أنه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج ولو سميا مدة قد يبلغ الثمر فيها وقد يتأخر عنها جازت لأنا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وإن تأخر فللعامل أجر المثل لفساد العقد لأنه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما إذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما إذا لم يخرج أصلاً لأن الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فيبقى العقد صحيحاً ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه **قال** ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان وقال الشافعي رحمه الله في الجديد لا يجوز إلا في الكرم والنخل لأن جوازها بالأثر وقد خصهما وهو حديث خيبر ولنا أن الجواز للحاجة وقد عمت وأثر خيبر لا يخصهما لأن أهلها كانوا يعملون في الأشجار والرطاب أيضاً ولئن كان كما زعم فالأصل في النصوص أن تكون معلولة سيما على أصله وليس لصاحب الكرم أن يخرج العامل من غير عذر لأنه لا ضرر عليه في الوفاء بالعهد وكذا ليس للعامل أن يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالإضافة إلى صاحب البذر لما قدمنا **قال** فإن دفع نخلاً فيه ثمر مساقاة والثمر يزيد بالعمل جاز وإن كانت قد انتهت لم يجز وكذا على هذا إذا دفع الزرع وهو بقل جاز ولو استحصد وأدرك لم يجز لأن العامل إنما يستحق بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي والإدراك فلو جوزناه لكان استحقاقاً بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلاف ما قبل ذلك لتحقق الحاجة إلى العمل **قال** وإذا فسدت المساقاة فللعامل أجر مثله لأنه في معنى الإجارة الفاسدة وصار كالمزارعة إذا فسدت **قال** وتبطل المساقاة بالموت لأنه في معنى الإجارة وقد بيناه فيها فإن مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك إلى أن يدرك الثمر وإن كره ذلك ورثة رب الأرض استحساناً فيبقى العقد دفعاً للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم وقد بينا نظيره في المزارعة ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وإن كره رب الأرض لأن فيه النظر من الجانبين فإن أرادوا أن يصرموه بسراً كان صاحب الأرض بالخيارات الثلاثة التي بيناها وإن ماتا جميعاً فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقام الميت وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على الأشجار إلى وقت الإدراك لا أن يكون وارثه في الخيار فإن أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الأرض على ما وصفنا وإذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهذا والأول سواء وللعامل أن يقوم عليها إلى أن يدرك لكن بغير أجر لأن الشجر لا يجوز استئجارها بخلاف المزارعة في هذا لأن الأرض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة عليهما لأنه لما وجب أجر مثل الأرض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وههنا لا أجر فجاز أن يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها **قال** ويفسخ بالأعذار لما بينا في الإجارة وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها أن يكون العامل سارقاً يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الإدراك لأنه يلزم صاحب الأرض ضرراً لم يلتزمه فيفسخ به ومنها مرض العامل إذا كان يضعفه عن العمل لأن في إلزامه استئجار الأجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيجعل ذلك عذراً ولو أراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذراً فيه روايتان وتأويل إحداهما أن يشترط العمل بيده فيكون عذراً من جهته ومن دفع أرضاً بيضاء إلى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجراً على أن يكون الأرض والشجر بين رب الأرض والغارس نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلاً قبل الشركة لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الأرض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل لأنه في معنى قفيز الطحان إذ هو استئجار ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر رد الغراس لاتصالها بالأرض فيجب قيمتها وأجر مثله لأنه لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر بيناه في كفاية المنتهى وهذا أصحها

كتاب الذبائح

الذكوة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى إلا ما ذكيتم ولأن به يتميز الدم النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في المأكول وغيره فإنها تنبئ عنها ومنه قوله عليه السلام

ذكوة الاضطرار خلفها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين الا عند العجز عن الاولى
وهذا آية البدلية وهذا لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي به عند
العجز عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد اما
اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا خارج الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى
قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم
ويحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما اذا كان
لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك
بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا والاقلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي
ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر قال
ولا يؤكل ذبيحة المجوسي لقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي
ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا ودعوى قال والمرتد لانه
لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا
فيعتبر ما هو عليه عند الذبح لا ما قبله قال والوثني لانه لا يعتقد الملة قال والمحرم يعني
من الصيد وكذا لا يؤكل ما ذبح من الصيد في الحرم والاطلاق في المحرم ينتظم الحل والحرم و
الذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا لان الذكوة فعل مشروع وهذا الصنع محرم
فلم يكن ذكاة بخلاف ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد لانه فعل مشروع
اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم قال وان ترك الذابح التسمية عمدا
فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي رحمه الله اكل في الوجهين وقال
مالك لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك
التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند الرمي وهذا القول من الشافعي رحمه الله مخالف
الاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك
التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنهما انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهم انه يحل بخلاف
متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ رحمهم الله ان متروك التسمية عامدا
لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لانه مخالف بالاجماع له
قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقطت
بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في
الناسي ولنا قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه الآية نهي وهو للتحريم والاجماع وهو
ما بيناه والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه قال في آخره فانك انما سميت
على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك يحتج بظاهر ما ذكرنا اذ لا

اذ لا فصل فيه ولكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج ما لا يخفى لان الانسان كثير النسيان
والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره اذ لو اريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد
وارتفع الخلاف في الصدر الاول والاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها
في حق العامد ولا عذر له وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكوة الاختيار
تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال والرمي وهي على
الآلة لان المقدور له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي والارسال دون الاصابة
فتشترط عند فعل يقدر عليه حتى اذا اضجع شاة وسمى وذبح غيرها بتلك التسمية
لا يجوز ولو رمى الى صيد وسمى واصاب غيره حل وكذا في الارسال ولو اضجع شاة
وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح بالاخرى اكل وان سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل
قال ويكره ان يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وان يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان
وهذه ثلث مسائل احديها ان يكون موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم الذبيحة
وهو المراد بما قال ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن
الذبح واقعا له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية ان
يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم فلان او يقول بسم الله
وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان
يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان يضجع الذبيحة او بعده
وهذا لا باس به لما روي عن النبي عليه السلام انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذه عن امة محمد ممن شهد لك
بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه
جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال
الحمد لله او سبحان الله يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح
الروايتين لانه يريد به الحمد على نعمه دون التسمية وما تداولته الالسن عند الذبح
وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فاذكروا اسم الله
عليها صواف قال والذبح بين الحلق واللبة وفي الجامع الصغير لا باس بالذبح
في الحلق كله وسطه واعلاه واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكوة ما بين اللبة
واللحيين ولانه مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ
الوجوه فكان حكم الكل سواء قال والعروق التي تقطع في الذكوة اربعة الحلقوم
والمري والودجان لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت وهي اسم جمع واقله الثلث
فيتناول المري والودجين وهو حجة على الشافعي رحمه الله في الاكتفاء بالحلقوم
والمري الا انه لا يمكن قطع هذه الثلثة الا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم

بالقصبة وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك رحمه الله ولا يجوز الأكثر منها بل يشترط قطع جميعها وعندنا إن قطعها
حل الأكل وإن قطع أكثرها فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا بد من قطع الحلقوم والمريء وأحد
الودجين قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري رحمه الله الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا أن هذا
قول أبي يوسف رحمه الله وحده وقال في الجامع الصغير وإن قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج
لم يؤكل وإن قطع الأكثر من الأوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل ولم يحك خلافا فاختلفت الرواية
فيه والحاصل أن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا قطع الثلاث أي ثلاث كان يحل وبه كان أبو يوسف يقول أولا
ثم رجع إلى ما ذكرنا وعن محمد رحمه الله أنه يعتبر أكثر كل فرد وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن كل فرد منها
أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الأمر بفريه فيعتبر أكثر كل واحد منها مجرى الدم
أما الحلقوم يخالف المريء فإنه مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى النفس فلا بد من قطعهما
ولأبي حنيفة رحمه الله أن الأكثر يقوم مقام الكل في كثير من الأحكام وأي ثلاث قطعها فقد قطع
الأكثر منها وما هو المقصود يحصل بها وهو إنهار الدم المسفوح والموحي في إخراج الروح
لأنه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى
به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما إذا قطع النصف لأن الأكثر باق فكأنه لم يقطع شيئا
احتياطا لجانب الحرمة **قال** ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن إذا كان منزوعا حتى
لا يكون بأكله بأس إلا أنه يكره هذا الذبح وقال الشافعي رحمه الله المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل
ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا الظفر والسن فإنهما مدى الحبشة ولأنه فعل غير
مشروع فلا يكون ذكاة كما إذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام أنهر الدم بما شئت ويروى
أفر الأوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فإن الحبشة كانوا يفعلون
كذلك ولأنه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو إخراج الدم وصار كالحجر والحديد
بخلاف غير المنزوع لأنه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وإنما يكره لأن فيه استعمال
جزء الآدمي ولأن فيه إعسارا على الحيوان وقد أمرنا فيه بالشفقة والإحسان **قال**
ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء أنهر الدم إلا السن القائم والظفر القائم
فإن المذبوح بهما ميتة لما بينا ونص محمد في الجامع الصغير على أنه ميتة لأنه وجد فيه نصا
ولم يجد فيه نصا احتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس وفي الحرمة يقول يكره أو لم يؤكل
قال ويستحب أن يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا
قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته
ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي عليه السلام أنه رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد
شفرته فقال لقد أردت أن تميتها موتات هلا حددتها قبل أن تضجعها **قال** ومن بلغ
بالسكين النخاع أو قطع الرأس كره له ذلك وتؤكل ذبيحته وفي بعض النسخ قطع مكان

بلغ والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة أما الكراهة فلما روي أنه عليه السلام نهى أن تنخع الشاة
إذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه أن يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل أن يكسر عنقه قبل
أن يسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه وهذا لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة
تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والحاصل أن ما فيه زيادة ألم لا يحتاج إليه في الذكاة
مكروه ويكره أن يجر ما يريد ذبحه برجله إلى المذبح وأن تنخع الشاة قبل أن تبرد يعني
تسكن من الاضطراب وبعده لا ألم فلا يكره النخع والسلخ إلا أن الكراهة لمعنى زائد وهو
زيادة الألم قبل الذبح أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته **قال** فإن ذبح
الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو ذكاة ويكره
لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة فصار كما إذا جرحها ثم قطع الأوداج وإن ماتت
قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها **قال** وما استأنس من الصيد
فذكاته الذبح وما توحش من النعم فذكاته العقر والجرح لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار
إليه عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الثاني دون الأول وكذا
ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا وقال مالك رحمه الله لا يحل
بذكاة الاضطرار في الوجهين لأن ذلك نادر ونحن نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق
فيصار إلى البدل كيف وأنا لا نسلم الندرة بل هو غالب وفي الكتاب أطلق فيما توحش
من النعم وعن محمد رحمه الله أن الشاة إذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر وإن ندت في المصر
لا تحل بالعقر لأنها لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء
في البقر والبعير لأنهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما وإن ندا في المصر فيتحقق
العجز والصيال كالند إذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة
حل أكله **قال** والمستحب في الإبل النحر فإن ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح
فإن نحرهما جاز ويكره أما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق فيها
في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا تمنع الجواز
والحل خلافا لما قاله مالك رحمه الله أنه لا يحل **قال** ومن نحر ناقة أو ذبح بقرة أو شاة فوجد في بطنها
جنينا ميتا لم يؤكل أشعر أو لم يشعر وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والحسن بن
زياد وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا تم خلقه أكل وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام ذكاة الجنين
ذكاة أمه ولأنه جزء من الأم حقيقة لأنه متصل بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها
ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الأم ويعتق بإعتاقها
وإذا كان جزءا منها فالجرح في الأم ذكاة له عند العجز عن ذكاته كما في الصيد وله أنه أصل
في الحياة حتى يتصور حياته بعد موتها وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بإيجاب

الحرة ويعتق باعتاق مضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود
من الذكاة وهو التمييز بين اللحم والدم لا يتحصل بجرح الام لانه ليس بسبب لخروج الدم
عليه فلا يحل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام
مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل في البيع تحريا للجواز كيلا يفسد باستثنائه
ويعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

قال ولا يجوز اكل كل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطيور لان النبي عم نهى عن اكل كل ذي
مخلب من الطيور وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف
اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لا كل ما له مخلب او ناب والسبع كل مختطف منتهب
جارح قاتل عاد عادة ومعنى التحريم والله اعلم كرامة بني ادم كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف
الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي رحمه الله
في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من سباع الهوام وكرهوا
اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف قال ولا باس بغراب الزرع لانه ياكل الحب
وليس من سباع الطير ولا يوكل الابقع الذي ياكل الجيف وكذا الغداف وقال
ابو حنيفة رح لا باس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاج وعن ابي يوسف انه يكره
لان غالب اكله الجيف ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة والزنبور والحشرات
كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلانه عم نهى عائشة رضي الله عنها حين سألته عن اكله
وهو حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من المؤذيات واما السلحفاة فمن خبائث الحشرات
ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء قال وانما تكره الحشرات كلها استدلالا بالضب
لانه منها قال ولا يجوز اكل لحم الحمر الاهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد رض انه عم
نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رض انه عم اهدر المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية
يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رح وهو قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد
والشافعي رح لا باس باكله لحديث جابر انه قال نهى رسول الله عم عن لحوم الحمر الاهلية
واذن في لحم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة رح قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها
وزينة خرج مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم
ويمتن بادناها ولانه آلة ارهاب العدو فيكره اكله احتراما له ولهذا يضرب له بسهم في الغنيمة
ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر معارض بحديث خالد بن الوليد والترجيح
للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد
قيل لا باس به لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد قال ولا باس باكل الارنب لان النبي عم
اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس من السباع ولا

من اكلة الجيف فاشبه الظبي قال واذا ذبح ما لا يوكل لحمه طهر لحمه وجلده الا الادمي و
الخنزير فان الذكاة لا تعمل فيهما اما الادمي فلحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ
وقال الشافعي الذكاة لا يؤثر في جميع ذلك لانها لا تؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة
الجلد تبعا ولا تبع بدون الاصل فصار كذبح المجوسي ولنا ان الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبات
والدماء السيالة وهي النجسة دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم
مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ وكما يطهر
لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا له وهل يجوز الانتفاع به في غير
الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت غالب
لا يوكل وينتفع به في غير الاكل قال ولا يوكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك وجماعة
باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الكلب والخنزير والانسان وعن الشافعي انه اطلق
ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عم
في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء
والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك خبيث
ونهى عم عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلي محمول
على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روي محمولة على السمك وهو حلال
مستثنى من ذلك لقوله عم احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان
فالكبد والطحال قال ويكره اكل الطافي منه وقال مالك والشافعي رح لا باس به لاطلاق
ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر رض عن النبي عم انه
قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تاكلوا وعن جماعة من الصحابة
مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة
ولا باس باكل الجريث والمارماهي وانواع السمك والجراد وقال مالك لا يحل الجراد
الا ان يقطع الاخذ راسه او يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله جزاء يليق به
فلا يحل الا بالقتل كما في سائره والحجة عليه ما روينا وسئل علي رض عن الجراد ياخذه الرجل
من الارض وفيها الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته
وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي
ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل كالماخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة
لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهي وعند التامل يقف
المبتدي عليها منها اذا قطع بعضها فمات يحل اكل ما ابين وما بقي لان موته بآفة وما
ابين من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد روايتان والله تعالى اعلم

كتاب الأضحية

الأضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم الأضحى عن نفسه وعن ولده الصغار أما الوجوب
فقول أبي حنيفة ومحمد وزفر والحسن وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رح وعنه أنها سنة وذكر
في الجامع وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي أن على قول أبي حنيفة واجبة وعلى قول أبي يوسف ومحمد
سنة مؤكدة وهكذا ذكر الاختلاف في بعض المشايخ رح وجه السنة قوله عم من أراد أن يضحي منكم
فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئا والتعليق بالإرادة ينافي الوجوب ولأنها لو كانت واجبة
على المقيم لوجبت على المسافر لأنهما لا يختلفان في الوظائف المالية كالزكوة وصار كالعتيرة
ووجه الوجوب قوله عم من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد
لا يلحق بترك غير الواجب ولأنها قربة يضاف إليها الوقت يقال يوم الأضحى وذلك يؤذن
بالوجوب لأن الإضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضي إلى الوجود ظاهرا
بالنظر إلى الجنس غير أن الأداء يختص بأسباب يشق على المسافر استحضارها ويفوت بمضي الوقت
فلا يجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالإرادة والله أعلم ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة
منسوخة وهي شاة تقام في رجب على ما قيل وإنما اختص الوجوب بالحرية لأنها وظيفة مالية
لا تتأدى إلا بالملك والمالك هو الحر والإسلام لكونها قربة وبالإقامة لما بينا وباليسار لما روينا
من اشتراط السعة ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر في الصوم وبالوقت وهو يوم
الأضحى لأنها مختصة به وسنبين مقداره إن شاء الله تعالى وتجب عن نفسه لأنه أصل في الوجوب
عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير لأنه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذه
رواية عن أبي حنيفة رح وروي عنه أنه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر
لأن السبب هناك رأس يمونه ويلي عليه وهما موجودان في الصغير وهذه قربة محضة
والأصل في القرب أن لا يجب على الغير بسبب الغير ولهذا لا يجب عن عبده وإن كان يجب عنه
صدقة الفطر وإن كان للصغير مال يضحي عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبي حنيفة وأبي يوسف رح
وقال محمد وزفر والشافعي يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف
في صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لأن القربة تتأدى بالإراقة
والصدقة بعدها تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه أن يأكل كله والأصح أن يضحي
من ماله ويأكل منه ما أمكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع بعينه **قال** ويذبح عن كل واحد منهم شاة أو
يذبح بقرة أو بدنة عن سبعة والقياس أن لا يجوز إلا عن واحد لأن الإراقة واحدة وهي القربة
إلا أنا تركناه بالأثر وهو ما روي عن جابر رض أنه قال نحرنا مع رسول الله عم البقرة عن سبعة
والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي على أصل القياس ويجوز عن خمسة أو ستة
أو ثلثة ذكره محمد في الأصل لأنه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم أولى ولا يجوز عن ثمانية

عن ثمانية أخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع لا يجوز عن الكل
لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه إن شاء الله تعالى وقال مالك يجوز عن أهل بيت واحد
وإن كانوا أكثر من سبعة ولا يجوز عن أهل بيتين وإن كانوا أقل منها لقوله عم على كل أهل
بيت في كل عام أضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت لأن اليسار له يؤيده
ما روي على كل مسلم في كل عام أضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين يجوز
في الأصح لأنه لما جاز ثلثة الأسباع جاز نصف السبع تبعا له وإذا جاز على الشركة
فقسمة اللحم بالوزن لأنه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز إلا إذا كان معه شيء من
الأكارع والجلد اعتبارا بالبيع ولو اشترى بقرة يريد أن يضحي بها عن نفسه ثم اشترك فيها
ستة معه أجزأه استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رح لأنه أعدها للقربة فيمتنع
عن بيعها تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة يشتريها
ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وإنما يطلبهم بعد البيع فكانت الحاجة إليه ماسة فجوزناه دفعا
للحرج وقد أمكن لأن بالشراء للتضحية لا يمتنع البيع والأحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء
ليكون أبعد عن الخلاف وعن صورة الرجوع في القربة وعن أبي حنيفة أنه يكره الاشتراك بعد الشراء
لما بينا **قال** وليس على الفقير والمسافر أضحية لما بينا وأبو بكر وعمر رض كانا لا يضحيان إذا كانا
مسافرين وعن علي رض أنه قال ليس على المسافر جمعة ولا أضحية **قال** ووقت الأضحية يدخل
بطلوع الفجر من يوم النحر إلا أنه لا يجوز لأهل الأمصار الذبح حتى يصلي الإمام العيد فأما
أهل السواد فيذبحون بعد الفجر والأصل فيه قوله عم من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته
ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين وقال عم إن أول نسكنا في هذا اليوم
الصلوة ثم الأضحية غير أن هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري دون أهل السواد
ولأن التأخير لاحتمال التشاغل به عن الصلوة ولا معنى في حق القروي للتأخير ولا صلوة
عليهم وما رويناه حجة على الشافعي ومالك في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر الإمام ثم المعتبر
في ذلك مكان الأضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي العكس
لا يجوز إلا بعد الصلوة وحيلة المصري إذا أراد التعجيل أن يبعث بها إلى خارج المصر فيضحى بها
كما طلع الفجر وهذا لأنها تشبه الزكوة من حيث إنها تسقط بهلاك المال قبل مضي أيام النحر
كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر بالصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر
لأنها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد ولم
يصل أهل الجبانة أجزأه استحسانا لأنها صلوة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم وكذلك
على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا **قال** وهي جائزة في ثلثة أيام يوم النحر ويومان
بعده وقال الشافعي ثلثة أيام بعده لقوله عم أيام التشريق كلها أيام ذبح ولنا ما روي

عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أفضلها أولها وقد قالوه سماعاً لأن الرأي لا يهتدي
إلى المقادير وفي الأخبار تعارض فأخذنا بالمتيقن وهو الأقل وأفضلها أولها كما قالوا ولأن
فيه مسارعة إلى أداء القربة وهو الأصل إلا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها إلا أنه مكروه
لاحتمال الغلط في ظلمة الليل وأيام النحر ثلاثة وأيام التشريق ثلاثة والكل يمضي بأربعة أولها
نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمن الأضحية
لأنها تقع واجبة أو سنة والتصدق تطوع محض فتفضل عليها ولأنها تفوت بفوات وقتها
والصدقة يؤتى بها في الأوقات كلها فنزلت منزلة الصلاة والطواف في حق الآفاقي ولو لم
يضح حتى مضت أيام النحر إن كان أوجب على نفسه أو كان فقيراً اشترى الأضحية تصدق بها حية وإن كان غنياً
تصدق بقيمة شاة اشترى أو لم يشتر لأنها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء
بنية التضحية عندنا فإذا فات الوقت يجب عليه التصدق إخراجاً له عن العهدة كالجمعة
تقضى بعد فواتها ظهراً والصوم بعد العجز فدية **قال** ولا يضحي بالعمياء والعوراء والعرجاء
التي لا تمشي إلى المنسك ولا العجفاء لقوله عليه السلام لا تجزئ في الضحايا أربعة العوراء البين
عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي **قال**
ولا تجوز مقطوعة الأذن والذنب أما الأذن فلقوله عليه السلام استشرفوا العين والأذن
أي اطلبوا سلامتهما وأما الذنب فلأنه عضو كامل مقصود فصار كالأذن **قال** ولا التي
ذهب أكثر أذنها أو ذنبها وإن بقي أكثر الأذن والذنب جاز لأن للأكثر حكم الكل بقاء
وذهاباً ولأن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفواً واختلفت الرواية عن أبي حنيفة
في مقدار الأكثر ففي الجامع الصغير عنه وإن قطع من الذنب أو الأذن أو العين أو الألية
الثلث أو أقل أجزأه وإن كان أكثر لم يجزه لأن الثلث ينفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة
فاعتبر قليلاً وفيما زاد لا ينفذ إلا برضاهم فاعتبر كثيراً ويروى عنه الربع لأنه يحكي
حكاية الكمال على ما مر في الصلاة ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث
كثير وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا بقي الأكثر من النصف أجزأه اعتباراً للحقيقة على ما مر
في الصلاة وهو اختيار الفقيه أبي الليث رحمه الله قال أبو يوسف رحمه الله أخبرت بقولي أبا حنيفة
فقال قولي هو قولك قيل هو رجوع منه إلى قول أبي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك
وفي كون النصف مانعاً روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن أبي يوسف رحمه الله ومعرفة
المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد العين المعيبة بعد أن لا تعتلف
الشاة يوماً أو يومين ثم يقرب العلف إليها قليلاً قليلاً فإذا رأته من موضع أعلم على ذلك
المكان ثم تشد عينها الصحيحة وقرب إليها العلف قليلاً قليلاً حتى إذا رأته من مكان أعلم
عليه ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما فإن كان ثلثاً فالذاهب هو الثلث وإن كان نصفاً فالنصف

قال ويجوز أن يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لأن القرن لا يتعلق به مقصود
وكذا مكسورة القرن لما قلنا وكذا الخصي لأن لحمها أطيب وقد صح أن النبي عليه السلام ضحى بكبشين
أملحين موجوءين **قال** والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا إذا كانت تعتلف لأنه لا يخل
بالمقصود وأما إذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء إن كانت سمينة جاز لأن الجرب
في الجلد ولا نقصان في اللحم وإن كانت مهزولة لا يجوز لأن الجرب في اللحم فانتقص وأما الهتماء
وهي التي لا أسنان لها فعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر في الأسنان الكثرة والقلة وعنه إن بقي
ما يمكنها الاعتلاف به أجزأه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا أذن لها خلقة لا يجوز
لأن مقطوع أكثر الأذن إذا كان لا يجوز فعديم الأذن أولى وهذا الذي ذكرنا إذا كانت
هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع إن كان غنياً
فعليه غيرها وإن كان فقيراً تجزيه هذه لأن الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء
فلم يتعين به وعلى الفقير بشرائه بنية الأضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانها
كما في نصاب الزكاة وعلى هذا الأصل قالوا إذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر
مكانها أخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت أو سرقت فاشترى أخرى ثم ظهرت الأولى
في أيام النحر على الموسر ذبح إحداهما وعلى الفقير ذبحهما ولو أضجعها فاضطربت فانكسرت
رجلها فذبحها أجزأه استحساناً عندنا خلافاً لزفر والشافعي لأن حالة الذبح ومقدماته
ملحقة بالذبح فكأنه حصل به اعتباراً وحكماً وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم
أخذت من فوره وكذا بعد فوره عند محمد خلافاً لأبي يوسف رحمه الله لأنه حصل بمقدمات الذبح
قال والأضحية من الإبل والبقر والغنم لأنها عرفت شرعاً ولم تنقل التضحية بغيرها من النبي عليه السلام
ولا من الصحابة رضي الله عنهم **قال** ويجزئ من ذلك كله الثني فصاعداً إلا الضأن فإن الجذع منه
يجزئ لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا إلا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن وقال عليه السلام
نعمت الأضحية الجذع من الضأن قالوا وهذا إذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنايا يشتبه
على الناظر من بعيد والجذع من الضأن ما تمت له ستة أشهر في مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني
أنه ابن سبعة أشهر والثني منها ومن المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الإبل
ابن خمس سنين ويدخل في البقر الجاموس لأنه من جنسه والمولود بين الأهلي والوحشي
يتبع الأم لأنها هي الأصل في التبعية حتى إذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد **قال**
وإذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات أحدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها
عنه وعنكم أجزأهم وإن كان شريك الستة نصرانياً أو رجلاً يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم
ووجهه أن البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه أن يكون قصد الكل القربة وإن اختلفت
جهاتها كالأضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط

في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا يرى ان النبي عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا من
قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا اذا كان احدهم يريد اللحم لان
البعض اذا لم يقع قربة والاراقة لا تتجزى في حق القربة فلم يقع الكل ايضا قربة فامتنع الجواز وهذا
الذي ذكرناه استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز
عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام
الولاء على الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة لا يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم
وجد الاذن من الورثة فكان قربة **قال** ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر
لقوله عليه السلام كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ومتى جاز اكله وهو غني
جاز ان يؤكله غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن الثلث لان الجهات ثلاثة الاكل
والادخار لما روينا والاطعام لقوله تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا
قال ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب
والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا بأس بان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت
مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا
بعد استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه انه تصرف على قصد
التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع به الا
باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا
اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي
اجرة الجزار من الاضحية لقوله عليه السلام لعلي رضي الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجر الجزار
منها شيئا والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف الاضحية وينتفع به
قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة
بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع به كما في الصوف **قال** والافضل ان يذبح
اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسن فالافضل ان يستعين بغيره فاذا استعان
بغيره ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة قومي فاشهدي اضحيتك فانه يغفر لك
باول قطرة من دمها كل ذنب **قال** ويكره ان يذبحها الكتابي لانه عمل هو قربة وانه ليس من
اهلها ولو امره فذبح جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر
المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة فكان افسادا **قال** واذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما
اضحية الآخر اجزأ عنهما ولا ضمان عليهما استحسانا واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه
لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه عن الاضحية في القياس وهو قول زفر وفي الاستحسان
يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير اذنه فيضمن كما

كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى
وجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يستبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بكل
من يكون من اهل الذبح آذنا له لانها تفوت بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها لعوارض فصار
كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها للذبح فان قيل يفوته امر مستحب وهو ان يذبحها بنفسه او
يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له به مستحبان آخران صيرورته مضحيا لما عينه وكونه معجلا
به فيرتضيه ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي ان من طبخ لحم غيره او طحن
حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا
ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في
الدورق وربط الدابة عليه او رفع الجرة وامالها الى نفسه او حمل على دابته فسقط
في الطريق فاوقد هو النار فيه فطبخه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة
فانكسرت فيما بينهما او حمل على دابته فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الفصول استحسانا
لوجود الاذن دلالة واذا ثبت هذا فنقول في مسألة الكتاب ذبح كل واحد منهما اضحية
غيره بغير اذنه صريحا فهي خلافية زفر بعينها ويتأتى فيها القياس والاستحسان
كما ذكرنا فيأخذ كل واحد منهما مسلوخه من صاحبه ولا يضمنه لانه وكيله فيما فعل دلالة
فان كانا قد اكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه ويجزيهما لانه لو اطعمه في الابتداء
يجوز وان كان غنيا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان يضمن صاحبه
قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانها بدل عن اللحم فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية
لما وقعت من صاحبه كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم فيه ما ذكرناه ومن غصب
شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو اودع شاة
فضحى بها لانه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له الا بعد الذبح والله تعالى اعلم

كتاب الكراهية

قال الشيخ الامام الاجل تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد نصا ان كل مكروه حرام
الا انه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
انه الى الحرام اقرب وهو يشتمل على فصول منها فصل في الاكل والشرب قال ابو حنيفة رحمه الله يكره
لحوم الاتن والبانها وابوال الابل وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بأس بابوال الابل وتأويل
قول ابي يوسف رحمه الله انه لا بأس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلوة و
الذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه **قال** ولا يجوز الاكل والشرب
والادهان والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام في الذي
يشرب من اناء الذهب والفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم واتي ابو هريرة بشراب

في اناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه النبي عم واذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان
ونحوه لانه في معناه ولانه تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين وقال في الجامع
الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذا الاكل
بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة وكذا ما اشبه ذلك كالمكحلة
والمرآة وغيرهما لما ذكرنا ولا بأس باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق
وقال الشافعي يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به وقلنا ليس كذلك لانه ما كان
من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال ويجوز الشرب في الاناء المفضض
عند ابي حنيفة والركوب على السرج المفضض والجلوس على الكرسي والسرير المفضض
اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ
وفي السرير والسرج موضع الجلوس وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى
مع ابي حنيفة ويروى مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة
والكرسي المضبب بهما وكذا اذا جعل ذلك في السيف والمشحذ وحلقة المرآة او جعل
المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام والركاب والثفر اذا كان مفضضا
وكذا الثوب فيه كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما
التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء مستعمل جميع
الاناء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة رح ان ذلك تابع
ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار
الذهب في الفص قال ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال
اشتريته من يهودي او نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات
لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة
الى القبول لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه ان يأكل منه معناه اذا كان
ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال
ويجوز ان يقبل في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث عادة
على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن عند الضرب
في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي الى الحرج وقال في الجامع الصغير
اذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه ان يأخذها لانه لا فرق
فيما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها او نفسها لما قلنا قال ويقبل في المعاملات
قول الفاسق ولا يقبل في الديانات الا قول العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها
فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج فيقبل قول الواحد فيها

سواء كان عدلا او فاسقا كافرا او مسلما عبدا او حرا ذكرا او انثى دفعا للحرج واما الديانات
لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل الا قول
المسلم العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم بخلاف المعاملات
لان الكافر لا يمكنه المقام في ديارنا الا بالمعاملة ولا يتهيأ له المعاملة في ديارنا الا بعد قبول
قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة رح انه
يقبل قوله فيها جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى
يعتبر فيهما اكبر الرأي قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا كانوا عدولا لان عند
العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعاملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات
الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر مستورا او
فاسقا يتحرى فان كان اكبر رأيه انه صادق يتيمم ولا يتوضأ به وان اراق الماء ثم تيمم كان
احوط ومع العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط بالاراقة واما التحري
فمجرد ظن وان كان اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري
وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم
يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي قال ومن دعي
الى وليمة او طعام فوجد ثمه لعبا او غناء فلا بأس بان يقعد ويأكل وقال ابو حنيفة رح
ابتليت بهذا مرة وهذا لان اجابة الدعوة سنة قال عم من لم يجب الدعوة فقد عصى
ابا القاسم فلا يتركها لما اقترنت به من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجبة الاقامة
وان حضرتها نياحة قال فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم
يكن مقتدى فان كان مقتدى ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين
الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة رح في الكتاب كان قبل ان
يصير مقتدى ولو كان ذلك على المائدة لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتدى لقوله تعالى فلا تقعد
بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر
لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسألة على ان الملاهي
كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

فصل في اللبس

قال ولا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عم نهى عن
لبس الديباج والحرير وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء بحديث
رواه عدة من الصحابة رض منهم علي رض ان النبي عم خرج وباحدى يديه حرير
وبالاخرى ذهب وقال هذان محرمان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى حل
لاناثهم الا ان القليل عفو وهو مقدار ثلثة اصابع او اربع كالاعلام والمكفوف

بالحرير لما روي انه عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او ثلاثة او اربعة اراد
الاعلام وعنه عليه السلام انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير ولا بأس بتوسده والنوم عليه
عند ابي حنيفة رح وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول محمد رح وحده ولم يذكر قول ابي يوسف رح
وانما ذكره القدوري وغيره من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب
لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام قال عمر رض اياكم وزي
الاعاجم وله ما روي انه عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس رض مرفقة
حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع
كونه نموذجا على ما عرف **قال** ولا بأس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روى الشعبي
انه عليه السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع
لمعرة السلاح واهيب في عين العدو لبريقه ويكره عند ابي حنيفة رح لانه لا فصل
فيما رويناه والضرورة اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور
لا يستباح الا لضرورة وما رواه محمول على المخلوط **قال** ولا بأس بلبس ما سداه حرير ولحمته
غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة رض كانوا يلبسون الخز والخز
مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة
دون السدى وقال ابو يوسف رح اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى
بحشو القز بأسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس **قال** وما كان لحمته حريرا وسداه
غير حرير لا بأس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بيناه
قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه في معناه الا بالخاتم
والمنطقة وحلية السيف بالفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب
اذ هما من جنس واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك اثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا بالفضة
وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى رسول الله عم على رجل خاتم
صفر فقال ما لي اجد منك رائحة الاصنام ورأى على اخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك
حلية اهل النار ومن الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل
الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي رض
ان النبي عم نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم او النموذج
وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر
بالفص حتى يجوز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن
وانما يتختم القاضي والسلطان لحاجتهما الى الختم فاما غيرهما فالافضل ان يترك لعدم الحاجة
اليه **قال** ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص ولما في ثقبه لانه تابع كالعلم

في الثوب فلا بأس به ولا تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رح
وقال محمد رح لا بأس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف رح مثل قول كل واحد منهما لهما ان عرفجة بن اسعد
اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره النبي عم بان يتخذ انفا من ذهب
ولابي حنيفة رح ان الاصل فيه التحريم والاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى
فبقي الذهب على التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث انتن **قال**
ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم لما ثبت في حق الذكور
وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها **قال** ويكره الخرقة التي تحمل
فيمسح بها العرق لانه نوع تكبر وتجبر وكذا التي يمسح بها الوضوء او يمتخط بها وقيل
اذا كان عن حاجة لا يكره وهو الصحيح وانما يكره اذا كان عن تكبر وصار كالتربع في الجلوس
ولا بأس بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة
وكان ذلك من عادة العرب قال الشاعر * لا ينفعنك اليوم ان همت بهم * كثرة ما
توصي وتعقاد الرتم * وقد روي عن النبي عم انه امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث
لما فيه من الغرض الصحيح وهو التذكر عند النسيان

فصل في النظر والوطي والمس

قال ولا ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا
ما ظهر منها قال علي وابن عباس رض ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو
الكف والوجه كما ان المراد بالزينة المذكورة مواضعها ولان في ابداء الكف والوجه
ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه
لا يباح النظر الى قدمها وعن ابي حنيفة رح انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف
انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة **قال** فان كان لا يأمن الشهوة
لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عم من نظر الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صب
في عينيه الآنك يوم القيامة فاذا خاف الشهوة لا ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم
وقوله لا يأمن يدل على انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رأيه ذلك
ولا يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها وان كان يأمن الشهوة لقيام المحرم وانعدام الضرورة
والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عم من مس كف امرأة ليس منها بسبيل
وضع على كفه جمرة يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزا لا
تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روي ان ابا بكر رض
كان يدخل على بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير
استأجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلي رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه
وعليها لما قلنا وان كان لا يأمن عليها لا يحل مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة

والصغيرة اذا كانت لا تشتهى يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز للقاضي
اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر الى وجهها وان خاف
ان يشتهي للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء واداء الشهادة ولكن ينبغي
ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه
وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد
من لا يشتهي فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء قال ومن اراد ان يتزوج امرأة فلا بأس
ان ينظر اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عم فيه ابصرها فانه احرى ان يؤدم بينكما
ولانه مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع
المرض منها للضرورة وينبغي ان يعلم امرأة مداواتها لان نظر الجنس اسهل فان لم يقدر
تستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة
يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع
الاحتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للهزال الفاحش على ما روي عن
ابي يوسف لانه امارة المرض قال وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا الى ما بين سرته الى
ركبته لقوله عم عورة الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز
ركبته وبهذا ثبت ان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي رح
والركبة عورة خلافا لما يقوله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون
السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الامام ابو بكر محمد بن الفضل الكماري
معتمدا فيه العادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة رض عن النبي
انه قال الركبة من العورة وابدى الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها
ابو هريرة رض وقال عم لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة
ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المبيح والمحرم وفي مثله يغلب المحرم وحكم العورة
في الركبة اخف منه في الفخذ وفي الفخذ اخف منه في السوأة حتى ان كاشف الركبة
ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف السوأة يؤدب ان لج وما
يباح النظر للرجل من الرجل يباح المس لانهما فيما ليس بعورة سواء قال ويجوز للمرأة
ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمرأة
في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المرأة
الى الرجل الاجنبي بمنزلة نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان
في قلبها شهوة او اكبر رأيها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها
ولو كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم ود

ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالبة وهو كالمتحقق اعتبارا فاذا اشتهى الرجل
كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت المرأة كانت الشهوة غير موجودة
في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى
المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد قال وتنظر المرأة من المرأة الى ما يجوز للرجل ان
ينظر اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل
وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة رح ان نظر المرأة
الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة
الانكشاف في الاستعمال بالاعمال والاول اصح قال وينظر الرجل من امته التي تحل له
ومن زوجته الى فرجها وهذا اطلاق في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل
فيه قوله عم غض بصرك الا عن امتك وامرأتك ولان ما فوق ذلك من المسيس
والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله
اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان ذلك يورث
النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر رض يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة
قال وينظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين
ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن
الاية والمراد والله اعلم مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك الساعد
والاذن والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والبطن والفخذ
لانها ليست مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استيذان واحتشام
والمرأة تكون في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج
وكذا الرغبة تقل للحرمة المؤبدة فقلما تشتهى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة
والمحرم من لا يجوز المناكحة بينه وبينها على التأبيد بنسب كان او بسبب كالرضاع
والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح
لما بينا قال ولا بأس بان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في
المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث لا يباح المس وان ابيح النظر
لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه بشهوة فحينئذ لا ينظر ولا يمس
لقوله عم العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش وحرمة
الزنا بذوات المحارم اغلظ فيجتنب الملوح ولا بأس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عم
لا تسافر المرأة فوق ثلثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها
وقوله عم الا لا يخلون رجل بامرأة ليست منه بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد

اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ
ظهرها وبطنها دون ما تحتهما اذا امنا الشهوة فان خافها على نفسه او عليها تيقنا او ظنا
او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع من ذلك اصلا وان لم
يمكنها تتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة
عن قلبه بقدر الامكان قال وينظر الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر منه الى ذوات
محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار حالها
خارج البيت في حق الاجانب كحال المرأة داخله في حق محارم الاقارب وكان عمر رض
اذا رأى جارية متقنعة علاها بالدرة وقال الق عنك الخمار يا دفار أتتشبهين
بالحرائر فلا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما قاله محمد بن مقاتل انه يباح الا ما دون
السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة فيهن وكمالها
في الاماء ولفظة المملوكة تنتظم المدبرة والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة
كالمكاتبة عند ابي حنيفة رح على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما
في المحارم وقد قيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد
في الاصل الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال ولا بأس بان يمس ذلك
اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكر في المختصر واطلق ايضا في الجامع الصغير
ولم يفصل قال مشايخنا يباح النظر في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح
المس اذا اشتهى او كان اكبر رأيه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشراء يباح
النظر والمس قال واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد ومعناه بلغت وهذا
لبيان ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رح انها اذا كانت تشتهي ويجامع مثلها
فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود الاشتهاء قال والخصي في النظر
الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رض الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه
فحل يجامع وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث في الردي من الافعال
لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه والطفل الصغير
مستثنى بالنص قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي
النظر اليه منها وقال مالك هو كالمحرم وهو احد قولي الشافعي لقوله تعالى او ما ملكت
ايمانهن ولان الحاجة متحققة لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه فحل غير محرم
ولا زوج والشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل
خارج البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد بن جبير والحسن وغيرهما لا تغرنكم
سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته بغير اذنها ولا يعزل عن

زوجته الا باذنها لانه عليه السلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى امة اعزل عنها ان شئت
ولان الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب والعنة ولا حق
للامة في الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها ويستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره فقد
ذكرناه في النكاح

فصل في الاستبراء

قال ومن اشترى جارية فانه لا يقربها ولا يمسها
ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها والاصل فيه قوله عم في سبايا اوطاس
الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة افاد وجوب
الاستبراء على المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث الملك واليد لانه هو الموجود
في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه عن الاختلاط
والاشتباه وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم
وهو ان يكون الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية
ارادة الوطء والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه الا ان الارادة امر
باطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب
سببا فادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى
الحكم الى سائر اسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة
وغير ذلك وكذا يجب على المشتري من مال الصبي ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له
وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على
الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وكذا لا يجتزئ
بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من
اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف رح
لان السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزئ بالحاصل قبل
الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء
الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا لما قلنا ويجب في جارية للمشتري فيها شقص
فاشترى الباقي لان السبب قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزئ بالحيضة
التي حاضتها بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت المجوسية
او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو مقتضى
الحل والحرمة لمانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة او ردت
المغصوبة او المؤاجرة او فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو
سبب متعين فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة يبتناها في كفاية المنتهي
يتوفر فيه استقصاؤها واذا ثبت الاستبراء وحرم الوطء حرم الدواعي لافضائها اليه

أو الاتصال ووقوعها في غير الملك على تقدير ظهور الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض
حيث لا تحرم الدواعي فيها لأنه لا يحتمل الوقوع في غير الملك ولأنه زمان نفرة فالإطلاق
في الدواعي لا يفضي إلى الوطء والرغبة في المشتراة قبل الدخول أصدق الرغبات فيفضي
إليه ولم يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد أنها لا تحرم لأنها لا يحتمل وقوعها في غير الملك
لأنه لو ظهر بها حبل لا يصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على ما بيناه والاستبراء في الحامل
بوضع الحمل لما رويناه وفي ذوات الأشهر بالشهر لأنه أقيم في حقهن مقام الحيض كما في
المعتدة وإذا حاضت في أثنائه بطل الاستبراء بالأيام للقدرة على الأصل قبل حصول
المقصود بالبدل كما في العدة وإن ارتفع حيضها تركها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل
وقع عليها وليس فيه تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين أو ثلاثة وعن محمد
أربعة أشهر وعشر وعنه شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة الحرة والأمة في الوفاة
وعن زفر سنتان وهو رواية عن أبي حنيفة رح قال ولا بأس بالاحتيال لإسقاط الاستبراء
عند أبي يوسف رح خلافا لمحمد وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والمأخوذ قول أبي يوسف
فيما إذا علم أن البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما إذا قربها والحيلة إذا لم يكن
تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت فالحيلة أن يزوجها البائع
قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها أو يقبضها ثم
يطلق الزوج لأن عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها
حلالا له لا يجب الاستبراء وإن حل بعد ذلك لأن المعتبر أوان وجود السبب كما إذا كانت
معتدة الغير قال ولا يقرب المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى
يكفر لأنه لما حرم الوطء إلى أن يكفر حرم الدواعي للإفضاء إليه لأن الأصل أن سبب الحرام
حرام كما في الاعتكاف والإحرام وفي المنكوحة إذا وطئت بشبهة بخلاف حالة الحيض
والصوم لأن الحيض يمتد شطر عمرها والصوم يمتد شهرا فرضا وأكثر العمر نفلا ففي المنع
عنها بعض الحرج ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها وقد صح أنه عليه السلام كان يقبل
وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال ومن له أمتان أختان فقبلهما بشهوة
فإنه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر إلى فرجها بشهوة حتى
يملك فرج الأخرى غيره بملك أو نكاح أو يعتقها وأصل هذا أن الجمع بين الأختين المملوكتين
لا يجوز وطئا لإطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الأختين ولا يعارض بقوله تعالى
أو ما ملكت أيمانكم لأن الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لإطلاق النص
ولأن الدواعي إلى الوطء بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل فإذا قبلهما فكأنه
وطئهما ولو وطئهما فليس له أن يجامع إحداهما ولا أن يأتي بالدواعي فيها فكذا إذا قبلهما وكذا

وكذا إذا مسهما بشهوة أو نظر إلى فرجهما بشهوة لما بينا إلا أن يملك فرج الأخرى غيره بملك
أو نكاح أو يعتقها لأنه لما حرم عليه فرجها لم يكن جامعا وقوله بملك أراد به ملك يمين فينتظم
التمليك بسائر أسبابه بيعا أو غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لأن الوطء يحرم به
وكذا إعتاق البعض من إحداهما كإعتاق كلها وكذا الكتابة كالإعتاق في هذا لثبوت حرمة الوطء
بذلك كله وبرهن إحداهما أو إجارتها أو تدبيرها لا تحل الأخرى لأنها لا تخرج بها
عن ملكه وقوله أو نكاح أراد به النكاح الصحيح أما إذا زوج إحداهما نكاحا فاسدا
لا يباح له وطء الأخرى إلا أن يدخل الزوج بها فيه لأنه يجب العدة عليها والعدة
كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطئ إحداهما حل له وطء الموطوءة دون الأخرى لأنه
يصير جامعا بوطء الأخرى لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا
فيما ذكرنا بمنزلة الأختين قال ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيئا منه أو يعانقه
وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة رح ومحمد رح وقال أبو يوسف رح لا بأس بالتقبيل والمعانقة
لما روي أنه عليه السلام عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه ولهما ما روي أنه
نهى عن المكامعة وهي المعانقة وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل
التحريم قالوا الخلاف في المعانقة في إزار واحد أما إذا كان عليه قميص أو جبة فلا بأس به
بالإجماع وهو الصحيح قال ولا بأس بالمصافحة لأنه هو المتوارث وقال عليه السلام من صافح أخاه
المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

فصل في البيع

قال ولا بأس ببيع السرقين ويكره
بيع العذرة وقال الشافعي رح لا يجوز بيع السرقين أيضا لأنه نجس العين فشابه
العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا أنه منتفع به لأنه يلقى في الأراضي لاستكثار
الريع فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لأنه لا ينتفع بها مخلوطا ويجوز بيع المخلوط
هو المروي عن محمد رح وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط
في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطه النجاسة قال ومن علم بجارية أنها لرجل
فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فإنه يسعه أن يبتاعها ويطأها
لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع له فيه وقول الواحد في المعاملات مقبول على أي وصف
كان لما مر من قبل وكذا إذا قال اشتريتها منه أو وهبها لي أو تصدق بها علي لما قلنا وهذا
إذا كان ثقة وكذا إذا كان غير ثقة وأكبر رأيه أنه صادق لأن عدالة المخبر في المعاملات
غير لازمة للحاجة على ما مر وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لم يسع له أن يتعرض لشيء
من ذلك لأن أكبر الرأي يقام مقام اليقين وكذا إذا لم يعلم أنها لفلان ولكن أخبره
صاحب اليد أنها لفلان وأنه وكله ببيعها أو اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وإن لم يكن
ثقة يعتبر أكبر الرأي لأن إخباره حجة في حقه وإن لم يخبره صاحب اليد بشيء فإن كان

عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها الى الثاني لان يد الاول دليل ملكه وان كان
لا يعرف ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق والعدل
ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الراي عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله
لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة
من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لا يقبلها ولا يشتريها
حتى يسال لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيه لغيره فان اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة
قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الراي وان لم يكن له راي لم يشترها لقيام الحاجز
فلا بد من دليل ولو ان امراة اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات عنها او طلقها ثلثا او كان
غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر رايها انه حق
فلا باس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طارئ ولا منازع وكذا
لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا باس ان يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة
الثلث انقضت عدتي وتزوجت بزوج اخر ودخل بي الزوج ثم طلقني وانقضت عدتي
فلا باس بان يتزوجها الزوج الاول اذا كانت المراة بحيث تحمل ذلك وكذا اذا قالت جارية كنت امة
لفلان فاعتقني لان القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج
حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل
وامراتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها
واربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على
صحته وانكار فساده فثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة
فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طارئ
والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق
ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد
اخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق المنازع وهو ذو اليد بخلاف
ما تقدم **قال** واذا باع المسلم خمرا واخذ ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحبه ان ياخذ منه
وان كان البائع نصرانيا فلا باس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس
بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه من البائع و
في الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه البائع فيحل الاخذ منه **قال**
ويكره الاحتكار في اقوات الادميين والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله
وكذلك التلقي فاما اذا كان لا يضر فلا باس به والاصل فيه قوله عم الجالب مرزوق والمحتكر
ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر

عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بان كان المصر
كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على هذا التفصيل لان النبي عم
نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان
لبس فهو مكروه في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير
والتبن والقت قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح كل ما اضر بالعامة حبسه فهو احتكار
وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد انه قال لا احتكار في الثياب فابو يوسف اعتبر
حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف ثم
المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر فاذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق
الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين يوما لقوله عم من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد
برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير اجل وقد مر
في غير موضع ويقع التفاوت في الماثم بين ان يتربص العزة وبين ان يتربص القحط
والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما ياثم وان قلت المدة فالحاصل ان التجارة
في الطعام غير محمودة **قال** ومن احتكر غلة ضيعته او ما جلبه من بلد اخر فليس بمحتكر
اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة الا ترى ان له ان لا يزرع فكذا له
ان لا يبيع واما الثاني فالمذكور قول ابي حنيفة لان حق العامة انما يتعلق بما جمع في المصر
وجلب الى فنائها وقال ابو يوسف يكره لاطلاق ما روينا وقال محمد كل ما يجلب منه الى المصر
في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به بخلاف ما اذا كان
البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حق العامة **قال** ولا ينبغي
للسلطان ان يسعر على الناس لقوله عم لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط
الرازق ولان الثمن حق العاقد فاليه تقديره فلا ينبغي للامام ان يتعرض لحقه
الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين واذا رفع الى القاضي هذا الامر يامر
المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت اهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار
فان رفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس
فان كان ارباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي
عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فحينئذ لا باس به بمشورة من اهل الراي
والبصر فاذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع باكثر منه اجازه القاضي وهذا ظاهر
عند ابي حنيفة رح لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا ان يكون الحجر على قوم باعيانهم
ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر
طعامه من غير رضاه قيل هو على الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق

لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك **قال** ويكره بيع السلاح في أيام
الفتنة معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لأنه تسبيب إلى المعصية وقد بيناه في السير وإن
كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس به لأنه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك
قال ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمرا لأن المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره
بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لأن المعصية تقوم بعينه **قال** ومن أجر بيتا ليتخذ
فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به وهذا عند أبي حنيفة
وقالا لا ينبغي أن يكريه لشيء من ذلك لأنه إعانة على المعصية وله أن الإجارة ترد على منفعة
البيت ولهذا تجب الأجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو
مختار فيه فقطع نسبته عنه وإنما قيده بالسواد لأنهم لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس
وإظهار بيع الخمور والخنازير في الأمصار لظهور شعائر الإسلام فيها بخلاف السواد قالوا
هذا كان في سواد الكوفة لأن غالب أهلها أهل الذمة فأما في سوادنا فأعلام الإسلام فيها
ظاهرة فلا يمكنون فيها أيضا وهو الأصح **قال** ومن حمل لذمي خمرا فإنه يطيب له الأجر عند أبي حنيفة
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يكره له ذلك لأنه إعانة على المعصية وقد صح أن النبي عليه السلام لعن في الخمر
عشرا حاملها والمحمول إليه وله أن المعصية في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات
الحمل ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية **قال** ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة
ويكره بيع أرضها وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا بأس ببيع أرضها أيضا وهو رواية عن
أبي حنيفة رحمه الله لأنها مملوكة لهم لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولأبي حنيفة رحمه الله
قوله عليه السلام مكة حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولأنها حرة محترمة لأنها فناء الكعبة وقد
ظهر آية التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكذا في حق
البيع بخلاف البناء لأنه خالص ملك الباني ويكره إجارتها أيضا لقوله عليه السلام من آجر أرض مكة فكأنما
أكل الربا ولأن أراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج إليها سكنها
ومن استغنى عنها أسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له
ذلك لأنه ملكه قرضا جر به نفعا وهو أن يأخذ منه ما شاء حالا فحالا ونهى عليه السلام عن قرض جر
نفعا وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لأنه وديعة وليس بقرض حتى
لو هلك لا شيء على الآخذ **مسائل متفرقة** **قال** ويكره التعشير والنقط في المصحف
لقول ابن مسعود رضي الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك
التجريد ولأن التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الإعراب اتكالا عليه فيكره قالوا
في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك إخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا
قال ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب

وقد ذكرناه من قبل **قال** ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي يكره ذلك
وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي قوله تعالى إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام
بعد عامهم هذا ولأن الكافر لا يخلو عن جنابة لأنه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب يجنب
المسجد وبهذا يحتج مالك رحمه الله والتعليل بالنجاسة عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي
أن النبي عليه السلام أنزل وفد ثقيف في مسجده وهم كفار ولأن الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي
إلى تلويث المسجد والآية محمولة على الحضور استيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت
عادتهم في الجاهلية **قال** ويكره استخدام الخصيان لأن الرغبة في استخدامهم حث الناس
على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة **قال** ولا بأس بإخصاء البهائم وإنزاء الحمير على الخيل
لأن في الأول منفعة للبهيمة والناس وقد صح أن النبي عليه السلام ركب البغلة فلو كان هذا الفعل
حراما لما ركبه لما فيه من فتح بابه **قال** ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني لأنه نوع
بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح أنه عليه السلام عاد يهوديا مرض بجواره **قال** ويكره أن
يقول الرجل في دعائه أسألك بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان هذه ومقعد
العز ولا ريب في كراهية الثانية لأنه من القعود وكذا الأولى لأنه يوهم تعلق عزه
بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا بأس به وبه أخذ
الفقيه أبو الليث لأنه مأثور عن النبي عليه السلام روي أنه كان من دعائه اللهم إني أسألك بمعقد
العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك
التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره أن يقول
في دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك لأنه لا حق للمخلوق على الخالق **قال**
ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والأربعة عشر وكل لهو لأنه إن قامر بها فالميسر حرام
بالنص وهو اسم لكل قمار وإن لم يقامر فهو عبث ولهو وقال عليه السلام لهو المؤمن باطل إلا الثلاث
تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله وقال بعض الناس يباح اللعب
بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتذكية الأفهام وهو محكي عن الشافعي رحمه الله
ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج والنردشير فكأنما غمس يده في دم الخنزير ولأنه
نوع لعب يصد عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام ما ألهاك عن ذكر الله
فهو ميسر ثم إن قامر به تسقط عدالته وإن لم يقامر لا تسقط لأنه متأول فيه وكره
أبو يوسف ومحمد رحمهما الله التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير أبو حنيفة رحمه الله به بأسا ليشغلهم
عما هم فيه **قال** ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر وإجابة دعوته واستعارة دابته
ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان وفي القياس
كل ذلك باطل لأنه تبرع والعبد ليس من أهله وجه الاستحسان أنه عليه السلام قبل هدية سلمان رضي الله عنه

صبيه كما عتق او قبل هدية بريرة رض وكانت مكاتبة واجاب دعوة المملوك وصدعوة مولى
ابي اسيد وكان عبدا ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا ملك
ما هو من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس والله اعلم
قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة له والاصل في هذا ان
التصرف على الصغار انواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح
والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع اخر
ما كان من ضرورات حال الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الاظئار
وذلك جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا
ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره
ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ
والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل
والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق قال ولا يجوز للملتقط ان يواجره ويجوز للام ان تواجر
ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك العم
والملتقط ولو اجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك
تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يواجر نفسه وقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل
الرجل في عنق عبده الراية وهو الطوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك راسه وهو معتاد بين
الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين
في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال ولا باس
بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق
بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم
حرام قال ولا باس برزق القاضي لانه عم بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث
عليا رض الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال
وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا
فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو افضلها
ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به
اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل
رفقا لبيت المال وقيل الاخذ هو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا
لمن يولي بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل
على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يؤخذ في اول السنة

يؤخذ في اول السنة وهو يعطي منه وفي زماننا الخراج يؤخذ في اخر السنة والماخوذ من
الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها
قيل هو على الاختلاف المعروف في نفقة المراة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة
والاصح انه يجب الرد قال ولا باس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق
الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرناه من قبل وام الولد امة لقيام الملك
فيها وان امتنع بيعها

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي
لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي بذلك
لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له
مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لم يسمع
الصوت فيه فهو موات قال رض هكذا ذكره القدوري ومعنى العادي ما قدم خرابه والمروي
عن محمد انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا
فاما التي هي مملوكة لمسلم او ذمي لا يكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين
ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن زارعها نقصانها والبعد عن القرية على ما قال
ابو يوسف لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم
عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان قريبا من القرية
كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة السرخسي رح اعتمد على ما اختاره ابو يوسف
ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رح وقالا
يملكه لقوله عم من احيا ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت يده
اليه فيملكه كما في الحطب والصيد ولابي حنيفة رح قوله عم ليس للمرء الا ما طابت به نفس
امامه وما روياه يحتمل انه اذن لقوم لا نصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين
بايجاف الخيل والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذنه كما في سائر المغانم ويجب فيه العشر
لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاها بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء
للخراج على اعتبار الماء فلو احياها ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول
ملك استغلالها لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها من الثاني
لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك
ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن
محمد ان طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها للتطرق وقصد الرابع ابطال حقه
ويملك الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة اذن الامام
شرط فيستويان فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا قال ومن حجر

ارضا ولم يعمرها ثلاث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الدفع الى الاول
ليعمرها فتحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم تحصل يدفعها الى غيره
تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير
للاعلام سمي به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائها
فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ترك ثلاث سنين لقول عمر رض ليس لمتحجر بعد ثلاث
سنين حق ولانه اذا اعلمه لابد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه
ثم زمان يرجع الى ما يحجره فقدرناه بثلاث سنين لان ما دونها من الساعات والايام والشهور
لا تفي بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة فاما
اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول فصار كالاستيام
فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا
يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها من الشوك او حصد ما فيها من الحشيش والشوك
وجعلها حولها وجعل التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الاخذ او
حفر من بئر ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها فعن محمد
انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها
مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها او سنمها بحيث يعصم الماء
يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال ولا يجوز احياء ما قرب من العامر ويترك
مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دليلا على
ما بيناه فلا يكون مواتا لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز
ان يقطع الامام ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والابار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا
قال ومن حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده او بغير
اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا لقوله عم
من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجوانب
والصحيح انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة فيتحول الماء الى ما حفر دونه وان كانت
للناضح فحريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة رح اربعون ذراعا لهما قوله عم
حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا
ولانه قد يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء وقد يطول الرشاء وبئر العطن للاستقاء منه
بيده فقلت الحاجة فلابد من التفاوت وله ما رويناه من غير فصل والعام المتفق على قبوله
والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يابى استحقاق
الحريم لان عمله في موضع الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديث تركناه وفيما تعارضا

فيه حفظناه ولانه قد يستقى من العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما
ويمكنه ان يدير البعير حول البئر فلا يحتاج الى زيادة مسافة قال وان كانت عينا فحريمها
خمسمائة ذراع لما رويناه ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج
للزراعة فلابد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري
منه الى المزارع فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح انه
خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرناه في العطن والذراع هو المكسرة وقد بيناه من قبل
وقيل ان التقدير في العين والبئر بما ذكرنا في اراضيهم لصلابة بها وفي اراضينا رخاوة
فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال فمن اراد ان يحفر في حريمها
منع منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم
ضرورة تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا في
حريم الاولى فللاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد ان ياخذ الثاني به قيل له ان ياخذه
بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها
وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح وذكره
في ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطب في الاولى فلا ضمان
عليه لانه غير متعد ان كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما والعذر
عند ابي حنيفة رح انه يجعل الحفر تحجيرا وهو بسبيل منه بغير اذن الامام وان كان
لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره
وان حفر الثاني بئرا وراء حريم الاولى فذهب ماء البئر الاولى فلا شيء عليه لانه غير متعد
في حفرها وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر الاول
فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد رح انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم
وقيل هو عندهما وعنده لا حريم لها ما لم يظهر الماء على الارض لانه نهر في التحقيق فيعتبر
بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء على الارض هو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه
بخمسمائة ذراع والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا
في حريمها لانه يحتاج الى حريم لجذ ثمره ويضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد
الحديث قال وما ترك الفرات او الدجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز احياؤه
لحاجة العامة الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر
لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام قال ومن كان
له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة رح الا ان يقيم البينة على ذلك وقال ابو يوسف
ومحمد رح له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه قيل هذه المسألة بناء على ان من احيا

نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده وعندهما يستحق لان النهر لا ينتفع به
الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل الماء ولا يمكنه عادة المشي في بطن النهر والى القاء الطين ولا
يمكنه النقل الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان القياس يأباه
الى ما ذكرناه وفي البئر عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها اليه في النهر لان الانتفاع
بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن في البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر
العطن ووجه البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب
اليد وبعدم استحقاقه ينعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما نذكره ان شاء الله تعالى
وان كانت مسئلة مبتداة فلهما ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك
صاحب الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى اما صورة فلاستوائهما ومعنى
من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به كاثنين
تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب احدهما يقضي للذي في
يده ما هو اشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك
الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا به الماء فهو فالارض
دافع به الماء عن ارضه والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل لآخر
عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة
ولآخر خلف المسناة ارض تلزقها وليست المسناة في يد واحد منهما فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة
وقالا لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله وليست المسناة في يد واحد منهما معناه
ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما
عليه ذلك فصاحب الشغل اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواقع
الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر
واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد
قيل يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله اخذ بقوله
في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عن ابي يوسف رحمه الله ان حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل
جانب وعن محمد رحمه الله مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق بالناس والله تعالى اعلم بالصواب

فصول في مسائل الشرب فصل في المياه

واذا كان لرجل نهر او بئر او قناة فليس له ان يمنع من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم
اعلم ان المياه انواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي
حتى ان من اراد ان يكري نهرا منها الى ارضه لم يمنع من ذلك والانتفاع بماء البحار كالانتفاع
بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام

العظام كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق وحق سقي
الاراضي فان احيا واحد ارضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا
يكون النهر في ملك احد له ذلك لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كا
ن يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك بان يميل الماء الى هذا
الجانب اذا انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحى عليه لان شق النهر
للرحى كشقه للسقي به والثالث اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت والاصل فيه
قوله عليه السلام الناس شركاء في ثلث في الماء والكلأ والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص عنه
الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك المباح بدونه
كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفة ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء
الى كل مكان وهو محتاج اليه لنفسه وظهره فلو منع عنه افضى الى حرج عظيم وهو مدفوع
وان اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا احياها كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر
لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحناه لانقطعت منفعة الشرب والرابع
الماء المحرز في الاواني وانه صار مملوكا له بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد
المأخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما روينا حتى لو سرقه
انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا لم تقطع يده ولو كان البئر او العين
او الحوض او النهر في ملك رجل له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء
آخر بقرب من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما ان تعطيه الشفة
او تتركه يأخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا مروي عن الطحاوي وقيل ما قاله
صحيح فيما اذا احتفر في ارض مملوكة له اما اذا احتفرها في ارض موات فليس له ان يمنعه
لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه
عن ذلك وهو يخاف على نفسه او ظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه
وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح
بعصا لانه ادخله في حصنه فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان ياتي على الماء كله
بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي كثرة ينقطع الماء قيل لا يمنع منه
لان الابل لا ترده في كل وقت فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له
ان يمنع اعتبارا بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم ان ياخذوا الماء منه للوضوء
وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيه كما قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع
وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا في داره حملا بجراره له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون
فيه ويعدونه من باب الشفة وليس له ان يسقي ارضه ونخله وشجره من نهر هذا الرجل وبئره

وقناة الا باذنه مضافا لانه يمنع من ذلك لان الماء متى دخل في المقاسم انقطع شركة الشرب
بواحدة لانه في العجلة قطع شرب صاحبه ولان المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها
حقه فلا يمكن التسييل فيه ولا شغل الضفة فان اذن له صح لانه في ذلك او اعاده فلا باس به لانه
حقه ويجري الحكم باطلاق الحريم في انهار

فصل في كري الانهار

الانهار ثلثة نهر غير مملوك لاحد
ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة الا انه
عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه
فالاول كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لان منفعة الكري لهم فتكون مؤنته عليهم
ويصرف اليه من مؤنة الخراج والجزية دون العشر والصدقات لان الثاني للفقراء والاول
للنوائب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كريه احياء للمصلحة العامة اذ هم
لا يقيمونها بانفسهم وفي مثله قال عمر رض لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه
بانفسهم ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله لا
بيت المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص والخلوص ومن ابى منهم يجبر
على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الابي خاص ويقابله عوض
فلا يعارض به ولو ارادوا ان يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق الاراضي
وفساد الطرق يجبر الابي والا فلا لانه موهوم بخلاف الكري لانه معلوم واما الثالث
وهو الخاص من كل وجه فكريه على اهله كما بينا وقيل يجبر الابي كما في الثاني وقيل لا
لان كل واحد من الضررين خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الابي بما انفقوا
فيه اذا كان بامر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم ولا يجبر لحق الشفعة كما مر
جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من اعلاه فاذا جاوز ارض رجل رفع عنه وهذا
عند ابي حنيفة رح وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والارضين
لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه ولان المقصد
من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره وليس
على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء
عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وقيل اذا جاوز
فوهة نهره وهو مروي عن محمد والاول اصح لان له رايا في اتخاذ الفوهة من اعلاه
واسفله واذا جاوز الكري ارضه حتى سقط عنه مؤنته قيل له ان يفتح الماء ليسقي
ارضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا للاختصاص
وليس على اهل الشفة من الكري شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

ويصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك
بدون الارض ارثا او وصية وقد يباع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى
واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك
على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده
ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر له او انه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه
الى ارضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب
في نهر او على سطح او الميزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظير ما في الشرب
واذا كان نهر فيما بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان
المقصود هو الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق
وهو في الدار الواسعة والضيقة على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى
يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان
تراضوا على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل
منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح لا يسكر بما ينكبس به النهر
من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحد ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى الا
برضا اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحى
لا يضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه
ولا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء ان يتغير
عن سننه الذي كان يجري عليه والدالية والسانية نظير الرحى ولا يتخذ عليه جسرا
ولا قنطرة بمنزلة الطريق الخاص بين قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص ياخذ من نهر
بين قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا
فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في
خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع
فم النهر لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذلك اذا كانت
القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه
لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كواه او يرفعها
حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها
من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة
ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام فليس له ذلك لان
القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة في نهر
خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف

ما إذا كانت الكوى في النهر الأعظم لأن لكل واحد منهم أن يشق منه نهرا ابتداء فكان له أن يزيد
في الكوى بطريق الأولى وليس لأحد من الشركاء في النهر أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى ليس لها
في ذلك شرب لأنه إذا تقادم العهد يستدل به على أنه حقه وكذا إذا أراد أن يسوق شربه
في أرضه الأولى حتى ينتهي إلى هذه الأرض الأخرى لأنه يستوفي زيادة على حقه
إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقي الأخرى وهو نظير طريق مشترك
أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي يفتحها في هذا
الطريق ولو أراد الأعلى من الشركاء في النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها
دفعا لفيض الماء عن أرضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخرين وكذا إذا أراد
أن يقسم الشرب مناصفة بينهما لأن القسمة بالكوى تقدمت إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما
وبعد التراضي لصاحب الأسفل أن ينقض ذلك وكذلك لورثته من بعده لأنه إعارة الشرب
فإن مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف
البيع والصدقة والهبة والوصية حيث لا تجوز العقود إما للجهالة أو للغرر أو لأنه
ليس بمال متقوم حتى لا يضمن إذا سقى من شرب غيره وإذا بطلت العقود فالوصية
بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب
رد ما قبضت من الصداق لتفاحش الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى
لأنه لا يملك بشيء من العقود ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون أرض
كما في حال حياته وكيف يصنع الإمام الأصح أن يضم إلى أرض لا شرب لها فيبيعهما
بإذن صاحبها ثم ينظر إلى قيمة الأرض مع الشرب وبدونه فيصرف التفاوت إلى قضاء
الدين وإن لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت أرضا بغير شرب ثم يضم الشرب إليها
ويبيعهما فيصرف من الثمن ثمن الأرض ويصرف الفاضل إلى قضاء الدين وإذا سقى
الرجل أرضه أو مخرها ماء أي ملأها فسال من مائها في أرض رجل فغرقها أو نزت
أرض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لأنه غير متعد فيه والله تعالى أعلم

كتاب الأشربة

سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من أنواعها قال الأشربة المحرمة أربعة الخمر وهي عصير
العنب إذا غلى واشتد وقذف بالزبد والعصير إذا طبخ حتى يذهب أقل من ثلثيه
وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب
إذا اشتد وغلا أما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع أحدها في بيان ماهيتها وهي النيء
من ماء العنب إذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند أهل اللغة وأهل
العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر

من هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرمة والنخلة ولأنه مشتق من مخامرة العقل وهو
موجود في كل مسكر ولنا أنه اسم خاص بإطباق أهل اللغة فيما ذكرناه ولهذا اشتهر
استعماله فيه وفي غيره ولأن حرمة الخمر قطعية وهي في غيرها ظنية وإنما سمي
خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على أن ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فإن النجم
مشتق من الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث
الأول طعن فيه يحيى بن معين والثاني أريد به بيان الحكم إذ هو اللائق بمنصب الرسالة
والثاني في حد ثبوت هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول أبي حنيفة وعندهما
إذا اشتد فلا يشترط القذف بالزبد لأن الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم بالاشتداد
وهو المؤثر في الفساد ولأبي حنيفة أن الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه
إذ به يتميز الصافي من الكدر وأحكام الشرع قطعية فيناط بالنهاية كالحد وإكفار
المستحل وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا والثالث
أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه ومن الناس من أنكر حرمة عينها
وقال إن السكر منه حرام لأن به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لأنه
جحود الكتاب فإنه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة متواترة
أن النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد إجماع الأمة ولأن قليله يدعو إلى كثيره وهذا
من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربها اللذة بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات
والمشروبات ثم هو غير معلول عندنا حتى لا يتعدى حكمه إلى سائر المسكرات وقال الشافعي
يعديه إليها وهذا بعيد لأنه خلاف السنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل
في الأحكام لا في الأسماء والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل
القطعية على ما بيناه والخامس أنه يكفر مستحلها لإنكاره الدليل القطعي والسادس سقوط
تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لأن الله تعالى لما نجسها
فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها قال عليه السلام إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها
واختلفوا في سقوط ماليتها والأصح أنها مال لأن الطباع تميل إليها وتضن بها ومن كان له
على مسلم دين فأوفاه ثمن خمر لا يحل له أن يأخذه ولا للمديون أن يؤديه لأنه ثمن بيع
باطل وهو غصب في يده أو أمانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين
على ذمي فإنه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لأن بيعها فيما بينهم جائز
والسابع حرمة الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس حرام ولأنه واجب الاجتناب
وفي الانتفاع به اقتراب والثامن أن يحد شاربها وإن لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب
الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه فإن عاد فاقتلوه إلا أن حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد

مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة رضي الله عنهم وبتقريره ذكرناه في الحدود ومن المشايخ من قال ان الطبخ
لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه
على ما قالوا لان الحد بالقليل في النيء خاصة لما ذكرناه وهذا قد طبخ والمعاني جوازه
تعليلها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسنذكره من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر
واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق
والمنصف وهو ما ذهب نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلى واشتد وقذف
بالزبد او اذا اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض
المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه
الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر وهو
النيء من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله هو مباح لقوله تعالى
تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع
الصحابة رضي الله عنهم ويدل عليه ما روينا من قبل والآية محمولة على الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة
كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا
واما نقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتأتى فيه خلاف
الاوزاعي وقد بينا المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا يكفر
مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية ولا يجب الحد
بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة في رواية وغليظة
في اخرى ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند
ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت دلالة قطعية بسقوط
تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده يجب قيمتها لا مثلها على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه
لانها محرمة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون
الثلثين وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا بأس به قالوا هذا الجواب
على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل
والذرة حلال عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحد شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران
منه بمنزلة النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد انه حرام ويحد شاربه
اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان
ابو يوسف يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع
الى قول ابي حنيفة رحمه الله وقوله الاول مثل قول محمد ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط
ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله لا يفسد لا يحمض ووجهه ان بقاءه

في هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك
يروى عن ابن عباس رضي الله عنه وابو حنيفة رحمه الله يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه
فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكره ان شاء الله تعالى وابو يوسف رحمه الله
رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا في المختصر
قال ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد
اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو ولا طرب وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعي رحمهما الله حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي
ونذكره ان شاء الله تعالى **قال** ولا بأس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه قال سقاني
ابن عمر رضي الله عنهما شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه من الغد فاخبرته
بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا نوع من الخليطين وكان مطبوخا
لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي انه عليه السلام نهى عن الجمع بين التمر
والزبيب والرطب والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء **قال**
ونبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين
الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم ثم قيل
يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره
كيفما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد
ذكرنا الوجه من قبل قالوا الاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن سكر من الاشربة
انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر
الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان
المتخذ من لبن الرماك لا يحل عند ابي حنيفة اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا
والاصح انه يحل لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه
فلا يتعدى الى لبنه **قال** وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه
حلال وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ومالك والشافعي رحمهم الله حرام
وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي فلا يحل بالاتفاق
وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة قوله عليه السلام
كل مسكر خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما اسكر الجرة
منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله وكثيره كالخمر
ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب

حقيق المسكر بالتحريم في غير الخمر لان العطف للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر
وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي
حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول
غير ثابت على ما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي صب
عليه الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة حكمه حكم المثلث لان صب الماء
لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب ثلثا
الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب
ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة في رواية عن ابي حنيفة وفي رواية عنه
لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير قائم فيه من غير تغير فصار
كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب
ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا
ولو طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمر او زبيب ان كان ما انقع شيئا يسيرا
لا يتخذ النبيذ من مثله لا باس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لا يحل كما اذا صب في المطبوخ
قدح من النقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم في الاحتياط وهو في الحد
في درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة
قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ **قال** ولا باس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت
والنقير لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف فان
الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد ما اخبر عن النهي عنه
فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان
كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلاثا
ويجفف في كل مرة وهي مسألة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد
اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته **قال** واذا تخللت الخمر حلت
سواء صارت خلا بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره تخليلها وقال الشافعي يكره التخليل
ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء
فيه فله في الخل الحاصل به قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر
بالاجتناب ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل من غير فصل وقوله عليه السلام خير خلكم
خل خمركم ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين
الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح
اعتبارا بالمتخلل بنفسه وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل
اولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في المآل فيختاره من ابتلي به واذا صار الخمر
خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر قيل يطهر تبعا وقيل
لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ
خلا يطهر في الحال على ما قالوا **قال** ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان فيه
اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم حرام ولهذا لا يجوز ان يداوي به جرحا او دبرة دابة ولا
ان يسقي ذميا ولا ان يسقي صبيا للتداوي والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب
وقيل لا تحمل الخمر اليها اما اذا قيدت الى الخمر فلا باس به كما في الكلب والميتة ولو القي
الدردي في الخل لا باس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه لا عكسه لما قلناه **قال**
ولا يحد شاربه اي شارب الدردي ان لم يسكر وقال الشافعي يحد لانه شرب
جزءا من اجزاء الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان
ناقصا فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل
فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها في الاحليل لانه
انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لانعدام الشرب وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة
لا تؤكل لتنجسها بها ولا حد على من لم يسكر منه لانه اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجن
عجينه بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه

فصل في طبخ العصير

الاصل ان ما ذهب
بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثيه بما بقي ليحل الثلث
الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب
ستة دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه
وايا ما كان جعل كان العصير تسعة فيكون ثلثها ثلاثة واصل اخر ان العصير اذا صب
عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي
بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لان الذاهب
الاول هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان
معا تغلى الجملة حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لانه ذهب الثلثان ماء وعصيرا والثلث
الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه
بيانه عشرة دوارق من عصير وعشرون دورقا من ماء ففي الوجه الاول يطبخ
حتى يبقى تسع الجملة لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة
لما قلنا والغلي بدفعة وبدفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه
النار فغلى حتى يذهب الثلثان يحل لانه اثر النار واصل اخر ان العصير اذا طبخ
فذهب بعضه ثم اهريق بعضه كم يطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل

فيدان ناخذ ثلث الجميع فنضربه في الباقي بعد المنصب ثم نقسمه على ما بقي بعد ما ذهب
بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه عشرة ارطال عصير
طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق ثلثة ارطال تاخذ ثلث العصير كله وهو ثلثة وثلث
وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي
بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء
من ذلك اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعا فعلى هذا تخرج المسائل
ولها طرق اخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية للتخريج في جنس هذه المسائل والله اعلم

كتاب الصيد

الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم في غير الحرم
لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما
ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه
فكل وان اكل منه فلا تاكل لانه انما امسك على نفسه وان شارك كلبك كلب غيره فلا تاكل
فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع
اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكينه من اقامة
التكاليف فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان احدهما
في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع
الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا باس بصيده
ولا خير فيما سوى ذلك الا ان تدرك ذكاته والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح
مكلبين والجوارح الكواسب في تاويل والمكلبين المسلطين فيتناول
الكل بعمومه ودل عليه ما رويناه من حديث عدي بن حاتم واسم الكلب في اللغة يقع
على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما
لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته والحق بهما بعضهم الحداة لخساسته والخنزير مستثنى
لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا من النص ينطق
باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له
فيترسل بارساله ويمسكه عليه قال وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات وتعليم
البازي ان يرجع ويجيب اذا دعوته وهو ماثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن
البازي لا يحتمل الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعلم ترك ما هو
مألوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه اما

اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكانت آية تعليمه ترك ما الوفه وهو الاكل والاستلاب
ثم شرط ترك الاكل ثلثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة لان فيما دونه مزيد الاحتمال
فلعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلثا دل ذلك على انه صار عادة له وهذا لان الثلث
مدة ضربت للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخيار ولان
الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلث فقدر به
وعند ابي حنيفة على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم حتى يغلب على ظن الصائد انه معلم
ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض
الى راي المبتلى به كما هو اصله في جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده
ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلث وقبل التعلم غير معلم فكان
الثالث صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى وله انه آية تعلمه عنده
فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن اعلام فلا يتحقق دون
علم العبد وذلك بعد المباشرة قال واذا ارسل كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى
عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي ولان الكلب
والبازي آلة والذبح لا يحصل بمجرد الالة الا بالاستعمال وذلك فيهما بالارسال
فنزل منزلة الرمي وامرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل ايضا
على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح في ظاهر الرواية
ليتحقق الذكوة الاضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن بانتساب
ما وجد من الالة اليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح ما يشير
الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه
ومخلبه ولا تنافي وفيه اخذ باليقين وعن ابي يوسف انه لا يشترط رجوعا الى التاويل الاول
وجوابه ما قلناه قال فان اكل منه الكلب او الفهد لم يؤكل وان اكل منه البازي اكل والفرق
ما بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي وهو حجة على مالك والشافعي
في قوله القديم في اباحة ما اكل الكلب منه ولو انه صاد صيودا ولم ياكل منها ثم اكل من صيد
لا يؤكل هذا الصيد لانه علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف
الروايات كما بيناها في الابتداء واما الصيود التي اخذها من قبل فما اكل منها لا يظهر
الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق
وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان ان الاكل ليس يدل على الجهل
فيما تقدم لان الحرفة قد تنسى ولان فيما احرزه قد امضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا
ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لانه ما حصل المقصود

من كل وجه لبقائه صيدا من وجه لعدم الاحراز فحرمناه احتياطا ولانه آية جهله من الابتداء
لان الحرفة لا ينسى اصلها فاذا اكل تبين انه كان ترك الاكل للشبع لا للعلم وتبدل الاجتهاد
قبل حصول المقصود لانه بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولو ان صقرا
فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب
اذا اكل من الصيد ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه اكل لانه ممسك للصيد عليه
وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وامسك عليه ما يصلح له ولو اخذ الصيد
من المعلم ثم قطع منه قطعة والقاها اليه فاكلها يؤكل ما بقي لانه لم يبق صيدا فصار
كما اذا القي اليه طعاما غيره وكذا اذا وثب الكلب فاخذه منه واكل منه لانه ما اكل
من الصيد والشرط ترك الاكل من الصيد فصار كما اذا افترس شاة بخلاف ما اذا اكل ذلك
قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية ولو نهش الصيد فقطع منه
بضعة فاكلها ثم ادرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث
اكل من الصيد ولو القى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه فاخذه صاحبه ثم
مر بتلك البضعة فاكلها يؤكل الصيد لانه لو اكل في هذه الحالة من نفس الصيد لم يضره
فاذا اكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه اولى بخلاف الوجه الاول لانه اكل في حالة الاصطياد
فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولان نهش البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في
الاصطياد ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه فالاكل قبل الاخذ يدل على الوجه
الاول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله **قال** وان ادرك المرسل الصيد
حيا وجب عليه ان يذكيه فان ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي والسهم
لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الاباحة ولم يثبت
قبل موته فبطل حكم البدل وهذا اذا تمكن من ذبحه اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من
ذبحه وفيه من الحيوة فوق ما يكون في المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة
وابي يوسف انه يحل وهو قول الشافعي لانه لم يقدر على الاصل فصار كما اذا راى الماء
ولم يقدر على الاستعمال ووجه الظاهر الرواية انه قدر اعتبارا لانه ثبتت يده
على المذبح وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة
والناس يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في امر الذبح
فادير الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح لانه ميت
حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع وهو ميت
وليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه ان لم يتمكن لفقد الالة لم يؤكل
وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا خلافا للشافعي لانه اذا وقع في يده لم يبق

صيدا فبطل حكم ذكوة الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه واما اذا شق بطنه واخرج
ما فيه ثم وقع في يد صاحبه حل لان ما بقي من الحيوة اضطراب المذبوح لا حقيقة الحيوة
فلا يعتبر كما اذا وقعت شاة في الماء بعدما ذبحت وقيل هذا قولهما اما عند ابي حنيفة لا يؤكل
ايضا لانه وقع في يده حيا فلا يحل الا بذكاة الاختيار ردا الى المتردية على ما نذكره
ان شاء الله تعالى وهذا الذي ذكرنا اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل اكله عند ابي حنيفة
وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حيوة خفية
او بينة وعليه الفتوى لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف
اذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وقال محمد ان كان يعيش فوق ما يعيش
المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررناه ولو ادركه ولم يأخذه
فان كان في وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم المقدور عليه وان كان لا يمكنه
ذبحه اكل لان اليد لم تثبت به والتمكن من الذبح لم يوجد وان ادركه فذكاه حل لانه
ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالاجماع وان لم تكن فيه حيوة مستقرة
فعند ابي حنيفة ذكوته الذبح على ما قررناه وقد وجد وعندهما لا يحتاج الى الذبح واذا
ارسل كلبه على صيد واخذ غيره حل وقال مالك لا يحل لانه اخذه بغير ارسال اذ الارسال
مختص بالمشار اليه ولنا انه شرط غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر
على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله
على صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة
لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه
تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية تصير مذبوحا بفعل
غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احداهما فوق الاخرى وذبحهما مرة
واحدة تحل بتسمية واحدة ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم اخذ الصيد فقتله
يؤكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا يقطع الارسال وكذا الكلب
اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه
اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه
واصاب آخر ولو قتل الاول فجثم عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لم يؤكل
الثاني لانقطاع الارسال لمكثه اذ لم يكن ذلك منه حيلة للاخذ وانما كان استراحة
بخلاف ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه وقتله
فانه يؤكل اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للكمين لما بيناه في الكلب
ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا فقتله ولا يدرى ارسله انسان او لا لا يؤكل لوقوع الشك

في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه قال وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح
شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدلك على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة انه اذا
كسر عضوا منه فقتله لا بأس باكله لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول
ان المعتبر جرح ينتهض سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق قال
وان شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل
لما روينا في حديث عدي رض ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة الحرمة نصا او احتياطا
ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرح معه ومات بجرح الاول يكره اكله لوجود المشاركة
في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره
لان فعل المجوسي ليس من جنس فعل الكلب فلا يتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين
لوجود المجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد
على الصيد فاخذه وقتله لا بأس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون
الصيد حيث ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الاخذ الى التبع
بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما قال واذا ارسل المسلم كلبه
فزجره مجوسي فانزجر فلا بأس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه
وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما
هو في نسخ الآي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال ولو ارسله مجوسي فزجره
مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم يثبت به شبهة الحرمة فاولى
ان لا يثبت به حرمة الحل وكل من لا يجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك التسمية عامدا في هذا
بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس باكله
لان الزجر مثل الانفلات لانه وان كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل
المكلف فاستويا فصلح ناسخا له ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه وضربه
ووقذه ثم ضربه فقتله اكل وكذا اذا ارسل كلبيه فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل
لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان
كل واحد منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما بينا والملك للاول لان الاول
اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة
والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية
بجرح الكلب الاول

فصل في الرمي

ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او ارسل
كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان
لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم الا ترى
انه لا يثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر خص منه
ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد لا يختص
بالمأكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واباحة التناول ترجع
الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله المحل لحما وجلدا وقد لا تثبت اذا لم يقبله واذا وقع
اصطيادا صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان تبين انه حس آدمي او حيوان
اهلي لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد والطير الداجن الذي يأوي
البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر
الطائر ولا يدرى وحشي هو او غير وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش
ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدرى ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه
الاستئناس ولو رمى الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف لانه
صيد وفي اخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا
فاذا هو صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل ما اصاب
اذا جرحه السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية عنده وجميع
البدن محل لهذا النوع من الذكاة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما بيناه قال
وان ادركه حيا ذكاه وقد بيناها بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا نعيده
قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه ميتا
اكل وان قعد عن طلبه ثم اصابه ميتا لم يؤكل لما روينا عن النبي عم انه كره اكل الصيد اذا غاب
عن الرامي وقال لعل هوام الارض قتلته ولان احتمال الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي
ان يحل الاكل لان الموهوم في هذا كالمحقق لما روينا الا انا اسقطنا اعتباره ما دام
في طلبه ضرورة ان لا يعرى الاصطياد عنه ولا ضرورة فيما اذا قعد عن طلبه لامكان
التحرز عن توار يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة على مالك رح في قوله ان ما توارى عنه
اذا لم يبت يحل فاذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لانه
موهوم يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في ارسال الكلب
في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه قال واذا رمى صيدا فوقع في الماء
او وقع على سطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يؤكل لانه المتردية وهو حرام
ولانه احتمل الموت بغير الرمي اذ الماء مهلك وكذا السقوط من عال يؤيد ذلك قوله عم
لعدي رض وان وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فانك لا تدري ان الماء قتله
او سهمك وان وقع على الارض ابتداء اكل لانه لا يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره
سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لانه يمكن التحرز عنه فصار الاصل ان سبب الحل

والجهة اذا اجتمعتا امكن التحرز عما هو سبب للحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا
وان كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى عدمه لان التكليف بحسب الوسع فمما
يمكن التحرز عنه اذا وقع على شجر او حائط او آجرة على الارض او رماه وهو على جبل فتردى
من موضع الى موضع حتى تردى الى الارض او رماه فوقع على رمح منصوب او قصبة
قائمة او على حرف آجرة لاحتمال ان حدة هذه الاشياء قتلته ومما لا يمكن الاحتراز عنه
اذا وقع على الارض كما ذكرناه او على ما هو في معناه كجبل او ظهر بيت او لبنة موضوعة
او صخرة فاستقر عليها لانه لو وقع عليه وعلى الارض سواء وذكر في المنتقى لو وقع
على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال ان الموت بسبب آخر وصححه الحاكم الشهيد
وحمل مطلق المروي في الاصل على غير حالة الانشقاق وحمل شمس الائمة السرخسي
على ما اذا اصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك وحمل المروي في الاصل على انه
لم يصبه من الآجرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه وذلك عفو وهذا اصح
وان كان الطير مائيا فان كانت الجراحة لم تنغمس في الماء اكل وان انغمست لا يؤكل كما اذا
وقع في الماء **قال** وما اصاب المعراض بعرضه لم يؤكل لقوله عليه السلام فيه ما اصاب بحده
فكل وما اصاب بعرضه فلا تأكل ولانه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمنا
قال ولا يؤكل ما اصابته البندقة فمات بها لانها تدق وتكسر ولا تجرح فصار
كالمعراض اذا لم يخزق وكذلك اذا رماه بحجر وكذلك ان جرحه قالوا تأويله اذا كان
ثقيلا وبه حدة لانه احتمل بخوف القتل بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل لانه
تعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة فانه
يحل لانه يقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم يبضع بضعا لا يحل لانه قتله
دقا وكذا اذا رماه بها فأبان رأسه او قطع اوداجه لان العروق تنقطع بثقل الحجر
كما تنقطع بالقطع فوقع الشك او لعله مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعصا
او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا لا جرحا اللهم الا اذا كان له حدة يبضع
بضعا فحينئذ لا بأس به لانه بمنزلة السيف والرمح والاصل في هذه المسائل
ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى
الثقل بيقين كان حراما وان وقع الشك ولا يدري مات بالجرح او بالثقل كان
حراما احتياطا ترجيحا للمحرم وان رماه بسيف او بسكين فاصابه بحده فجرحه
حل وان اصابه بقفا السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد
وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه ومات بالجرح فان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق
وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المشايخ سواء كانت الجراحة صغيرة او كبيرة
لانه

لان الدم قد يحتبس لضيق منفذه او غلظ الدم وعند بعضهم يشترط الادماء لعم
ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار وعند بعضهم ان كانت كبيرة
حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من الادماء ولو ذبح شاة ولم يسل منها الدم
قيل لا يحل وقيل يحل ووجه القولين يدخل فيما ذكرناه وان اصاب السهم ظلف
الصيد او قرنه فان ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرنا **قال** واذا رمى
صيدا فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال الشافعي يؤكلان
ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان والمبان منه كما اذا ابين
الرأس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عليه السلام
ما ابين من الحي فهو ميت ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان
بهذه الصفة لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته
بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة بهذه الصفة
يحرم وقوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لبقاء الروح في الباقي
وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحيوة فيه ولا تبعية لزوالها بالانفصال
فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة
لا حكما يحل ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل او سطح
لا يحرم فتخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع يدا او رجلا او فخذا او ثلثا مما يلي
القوائم او اقل من نصف الرأس يحرم المبان ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة في
الباقي ولو قده بنصفين او قطعه اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف
رأسه او اكثر منه يحل المبان والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم
بقاء الحيوة بعد هذا الجرح والحديث وان تناول السمك وما ابين منه حي الا
ان ميتته حلال بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان رأسها يحل لقطع
الاوداج ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات
قبل قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا
فقطع يدا او جلدا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا مات اكله
لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده حل ما سواه لوجود
الابانة معنى والعبرة للمعاني **قال** ولا يؤكل صيد المجوسي والمرتد والوثني لانهم
ليسوا من اهل الذكاة على ما قد بيناه في الذبائح ولا بد منها في اباحة الصيد بخلاف
النصراني واليهودي لانهم من اهل الذكاة اختيارا **قال** ومن رمى صيدا
فاصابه ولم يثخنه ولم يخرجه من حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني

ولا يؤكل لانه هو الآخذ وقيل قال ذلك ابو يوسف هو المصيب لانه آخذ وان كان الاول اثخنه ثم رماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يؤكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كانت الرمية الاولى بحال ينجو منها الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان رأسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كانت الرمية الاولى بحال لا يعيش منها الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه فعلى قول ابي يوسف رحمه الله لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة به عنده وعند محمد يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد سواء والله اعلم قال والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته جراحته لانه اتلفه بالرمي وهو مملوك له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا الى الثاني فقد قتل مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كاملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل من الجراحتين او لا يدري قال في الزيادات يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول فلانه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان الموت حصل بالجراحتين فيكون متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان بالرمية الاولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني وهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان رماهما الاول اولا ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره ويصير كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانزله لا يحل لان الثاني محرم كذا هذا قال ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل لحمه لاطلاق ما تلونا والصيد لا يختص بماكول اللحم قال قائلهم

صيد الملوك ارانب وثعالب فاذا ركبت فصيدي الابطال ولان صيده سبب الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة ولما روي انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه وقد انعقد على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الايجاب بمجرده لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالصدقة والهبة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك يلزم بنفس العقد لانه يختص بالمال من الجانبين فصار كالبيع ولانه عقد وثيقة فاشبه الكفالة ولنا ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر ولانه عقد تبرع لما ان الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا لا يجبر عليه فلا بد من امضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية لانه قبض بحكم عقد مشروع فاشبه قبض المبيع وعن ابي يوسف انه لا يثبت في المنقول الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لانه ناقل للضمان من البائع الى المشتري وليس بموجب ابتداء والاول اصح قال فاذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا ان اللزوم بالقبض اذ المقصود لا يحصل قبله قال واذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه وقال الشافعي هو امانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه لقوله عليه السلام لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال ومعناه لا يصير مضمونا بالدين ولان الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا يسقط الدين اعتبارا بالصك وهذا لانه بعد الوثيقة يزداد معنى الصيانة فلو سقط الدين صار في معنى الهلاك وهو ضد ما اقتضاه العقد لان الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة ولنا قوله عليه السلام للمرتهن بعد ما نفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وقوله عليه السلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على ان الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته والقول بالامانة خرق له والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن ينبئ عن الحبس الدائم قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا والاحكام الشرعية تنعطف على الالفاظ على وفق الانباء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان تكون موصلة اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع

الامر من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن ولكونه عاجزا عن الانتفاع فيتسارع
الى قضاء الدين لحاجته او لضجره واذا كان كذلك ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر
بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي الى الربا بخلاف حالة الهلاك لانه الساكن كلاهما في
التسليم كما ان لعدها ليس لاجل مؤنة مطلقا لا يشترط بيانها كما الايفاء في باب السلم
بالاجماع وان كان لاجل مؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل
والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل بجانبه الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر
ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او بنسيئة جاز لاطلاق
الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على
الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا
بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره
لقيام البدل مقام المبدل لان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد
فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء
نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه
مقام العين وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على
عاقلته في ثلث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة
خلف عن الرهن فلا بد من احضارها كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن وما صارت
قيمته بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فافترقا ولو وضع الرهن على يد العدل
وامره ان يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن
لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته وكذا لو وضعه العدل
عند من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان ولا ادري
لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض
شيئا وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى اين هو لما ذكرنا ولو ان الذي اودعه
العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه
رهنا لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين
فلا يملك المطالبة قال وان كان الرهن في يده ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه
الدين لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض
فله ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه الدين
قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم بوصول الحق الى مستحقه فلو
هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض

بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له
حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على وجه الفسخ
لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو هلك في يده سقط الدين اذا كان به وفاء
بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس
الا ان ياذن له المالك لان له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط
من الراهن وليس له ان يؤاجر او يعير لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط
غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال وللمرتهن ان يحفظ
الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال رضي الله عنه معناه ان يكون
الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة في يده فصار كالوديعة وان حفظه بغير من
في عياله او اودعه ضمن وهل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك
بدلائله في الوديعة واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب لانه
هذا الاستيفاء بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا جبر الى استيفاء الباقي
لانه لا يتصور والاستيفاء يقع بالمالية اما العين امانة حتى كانت نفقة
المرهون على الراهن في حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض
الشراء اذا اشتراه المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض الضمان ووجب
العقد بثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة ضرورات
كما في الحوالة فالحاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورته محتبسا بدينه باثبات
الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فتخرج
على الاصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية
المنتهي جملة منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لانه يفوت موجبه
وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه وهو تعينه
للبيع وستاتيك البواقي في اثناء المسائل ان شاء الله تعالى قال ولا يصح الرهن
الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب
ويتخرج على هذا الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها
ولا بد من ان يقال ان الموجب الاصلي فيها هو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه
اكثر المشايخ وهو دين ولهذا تصح الكفالة به وان كان لا يجب الا عند الهلاك
ولكنه عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا
بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة ولهذا لا تبطل الحوالة المقيدة
به بخلاف الوديعة قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك

فيبين الموت وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه حكما وان كانت قيمة
الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين
وان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر
المالية وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن الف
وخمسمائة والدين الف رجع الراهن على المرتهن بالفضل وهو خمسمائة لحديث علي رض
يترادان الفضل في الرهن لان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون
مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رض ولان يد
المرتهن يد الاستيفاء فلا توجب الضمان الا بالقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء
والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان
والمراد بالتراد فيما روي حال البيع فانه روي عنه انه قال المرتهن امين في الفضل
وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به وان كان الرهن في يده لان حقه باق
بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا يمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم
فاذا ظهر مطله عند القاضي حبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن
دينه يؤمر باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله
مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن
وهو محتمل واذا احضره امر الراهن بتسليم الدين ليتعين حقه كما تعين حق الراهن
تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان
طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع فيه العقد ان كان مما لا حمل له ولا مؤنة
فكذلك الجواب وهو الاستيثاق من الاصل الذي تقدم وكل ذلك يتعلق بالتقدم ولا
المد الا استحقاق الحبس ولا يوجب فناه في المثلي بفوت الدوام لانه لا بد من المراعاة
فيصير كما اذا قال رهنتك يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل
بخلاف الهبة حيث يجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما
لا يحتمل لحكم الهبة الملك والمشاع يقبله وههنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا يقبله
وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني
يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع
الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف انه لا يمنع لان حكم البقاء
اسهل من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما يرجع
اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها
وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة على ما بيناه لا حاجة الى اعتباره في

في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض
الرهن **قال** ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض
دون الارض ولا رهن النخيل في الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون
خلقة فكان في معنى الشائع وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون
الزرع والنخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون
اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن ابي حنيفة
ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الاشجار
بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا
جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان
هذه مجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله
فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخل بدون الثمر جائز فلا ضرورة
الى ادخاله من غير ذكر وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر
لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في
البيع لما ذكرنا في الثمر ويدخل البناء والغرس في رهن الارض والدار والقرية لما ذكرنا
ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه
وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله لان الرهن حصل كانه ما ورد الا على الباقي
ويمنع التسليم كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في وعاء المرهون
ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا
رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار
كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على الدابة او لجاما
في راسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه
لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكره **قال**
ولا يصح الرهن بالامانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة لان
القبض في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا
ويتحقق استيفاء الدين منه بجميع قيمته لان الزيادة على قدر الدين امانة
والامانات تضمن بالتعدي ولو رهن خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن لانه متعد
بالاستعمال لانه غير ماذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمين واليسرى في ذلك
سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه
لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمنه

وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلاثة فتقلدها لم يضمن في
الثلاثة وضمن في السيفين لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب
ولم تجر بتقلد الثلاثة ولو لبس خاتما فوق خاتم ان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن
وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن **قال** واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن
على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن والاصل
ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل
او لم يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته
عليه لما انه مؤنة ملكه كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه واجرة الراعي
في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن
وكري النهر وسقي البستان وتلقيح نخيله وجداده والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه
او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن كاجرة الحافظ لان الامساك
حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن
وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان كرى المأوى على الراهن بمنزلة النفقة وهو سعي
في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على المرتهن لانه محتاج الى اعادة يد
الاستيفاء التي كانت له ليرده فكان من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن
والدين سواء فان كانت قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة
عليه لانه امانة في يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع
فيها فلهذا يكون على المالك بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناها فان كلها يجب على المرتهن
وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس في الكل ثابت له
فاما الجعل انما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدر المضمون ومداواة الجراح والقروح
ومعالجة الامراض والفداء من الجناية ينقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن
خاصة لانه من مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين
ولا يبطل الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه
احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما وجب على الآخر بامر
القاضي يرجع عليه كان صاحبه امره به لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة انه لا يرجع
اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف ومحمد رح يرجع في الوجهين وهي
فرع مسئلة الحجر **باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز قال** ولا يجوز رهن المشاع
وقال الشافعي يجوز ولنا انه لا يفيد وجرى اصحابنا يبتني على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت
يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل

ما هو الحكم عنده وهو تعينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع
الا مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه ولذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها
كالمبيع في يد البائع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه
يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها وهو ان يكون
مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح
عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه وان كان
هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح **قال** والرهن بالدرك باطل و
الكفالة بالدرك جائزة والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب
واضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا يجوز اما الكفالة فلالتزام المطالبة والتزام
الافعال يصح مضافا الى المآل كما في الصوم والصلاة ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له
على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد
حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني
الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال بمقابلته لان الموعود جعل كالموجود
باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له
حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمنه **قال** ويصح الرهن برأس مال السلم وبثمن
الصرف والمسلم فيه وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة
وباب الاستبدال فيها مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية فيتحقق الاستيفاء
من حيث المالية وهو المضمون على ما مر **قال** والرهن بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون
بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه وان هلك
الرهن بثمن الصرف وراس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار
المرتهن مستوفيا لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات القبض
حقيقة وحكما وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا
للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا
برأس المال حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا بقيمته
ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لانه رهن به وان كان محبوسا بغيره
كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه لاخذ
المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى
عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك المشتري في يد
المشتري يهلك بقيمته فكذا هذا **قال** ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وام الولد

لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هذه لعدم المالية
في الحر وقيام المانع في الباقي ولا يجوز بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في
النفس وما دونه لتعذر الاستيفاء بخلاف ما اذا كانت الجناية خطأ لان الاستيفاء
الارش من الرهن ولا يجوز بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد
الجاني والعبد المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا باجرة
النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا مقابله شيء مضمون ولا يجوز للمسلم
ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء في حق المسلم
ثم الراهن اذا كان ذميا فالخمر مضمونة عليه للذمي كما اذا غصبها واذا كان المرتهن
ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم
لانها مال في حقهم اما الميتة فليس بمال عندهم فلا يجوز رهنه وارتهانه فيما بينهم
كما لا يجوز فيما بين المسلمين قال ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه عبدا او خلا
او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا والشاة ميتة والخل خمرا فالرهن مضمون لانه
رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته عبدا ثم ظهر انه حر
وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح عليه رهنا
ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف خلافه وكذا قياسه فيما تقدم
من جنسه قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لانه يملك
الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة
ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة تهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب
لما بيناه وعن ابي يوسف وزفر انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء
وجه الفرق على الظاهر وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير
من غير عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق
واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب
والوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله وكذلك لو سلطا المرتهن
على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا اصل هذه المسألة البيع فان الاب
او الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز وتقع المقاصة ويضمنه للصبي
عندهما وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة وكذلك وكيل البائع بالبيع والرهن
نظير البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب متاع ابنه
الصغير من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب
لوفور شفقته انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا

في هذا العقد كما في بيعه مال الصغير من نفسه فيتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي
من نفسه او من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل محض والواحد
لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة فلا يعدل
عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر الذي
لا دين عليه بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين لانه
لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن
لان له حكما واحدا ولو استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا
لليتيم جاز لان الاستدانة جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك
لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا
من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك
الابن ومات الاب فليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه
اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه
لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه
فاشبه معير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه
بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله
على امرين جائزين فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك للولد لايفائه دينه من ماله
بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن الاب او وصي الاب
ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره
الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم
لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه
هذا على ما نبينه ان شاء الله تعالى والمال دين على الوصي معناه يطالبه به ثم يرجع
بذلك على الصبي لانه غير متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو
استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال
في حاجة نفسه ولو غصبه الوصي بعدما رهنه فاستعمله في حاجة نفسه حتى هلك
عنده فالوصي ضامن لقيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي
حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي به الدين ان كان قد حل فان كانت
قيمته مثل الدين اداه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل
ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا وان كانت اقل من الدين ادى قدر
القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة

لا غير ولو كانت قيمته اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن والفضل الى
اليتيم وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويته حقه المحترم
فيكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه فلو انه غصبه
واستعمله لحاجة الصغير ليس بتعد وكذا الاخذ لانه له ولاية اخذ مال اليتيم وهذا قال
في كتاب الاقرار اذا اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه
لا يتحقق غصبه لما ان له ولاية الاخذ فان هلك في يده يضمنه للمرتهن ياخذه بدينه
ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل له وان كان لم يحل
يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين ياخذه بدينه ويرجع الوصي على الصغير
بذلك لما ذكرنا **قال** ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لانه يتحقق
الاستيفاء منه فكان محلا للرهن فان رهنت بجنسها فهلكت هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا
في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة لانه عنده
يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه
ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة
فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه معناه ان تكون قيمته مثل وزنه او اكثر وهذا الجواب في
الوجهين بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار
القيمة وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير مستوفيا بقدر
الدين فان كانت قيمته اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء
بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يؤدي الى الربوا فصرنا
الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه وله ان الجودة ساقطة
العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز
كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه
بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه
وبتعذر التضمين يتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف
مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح على ما هو المشهور لان
محمدا رحمه الله فيها مع ابي حنيفة وفي هذا مع ابي يوسف والفرق لمحمد ان قبض الزيوف ليستوفي
من عينها والزيافة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل
اخر وهو القيمة على تقدير امتناع الراهن عن الاداء فلا بد من نقض القبض وقد امكن
عنده بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين

لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان لما فيه من الضرر
فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من جنسه او من خلاف جنسه ويكون رهنا عند المرتهن
والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا بحالة
الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الافتكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي الهلاك
الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية
وحقيقته ان يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة وفي جعله مضمونا بالدين اغلاق الرهن
وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل
من وزنه ثمانية لقيام فيه فيضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه ويكون
رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذا عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار
بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر
من وزنه اثني عشر عند ابي حنيفة يضمن جميع قيمته ويكون رهنا عنده لان الجودة لا قيمة
عنده للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان
بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال
ان يكون التابع امانة وعند ابي يوسف رحمه الله يضمن خمسة اسداس قيمته وتكون خمسة اسداس
الابريق له بالضمان وسدسه يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمة خمسة اسداس
المكسور رهنا فعنده تعتبر الجودة والرداءة ويجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن
كانه وزنه اثني عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها ولذا تعتبر عند المقابلة
بخلاف جنسها وفي تصرف المريض وان كانت لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن اعتبارها
وفي بيان قول محمد نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبه **قال**
ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى
هذا القياس والاستحسان اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل
وجه القياس انه صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه
نفع لاحدهما ومثله يوجب فساد العقد وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة
والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا
اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان
الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه
فيفسد ولو كان غائبا فحضر في المجلس وقبل صح فلو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر
عليه وقال زفر رحمه الله يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة
المشروطة في الرهن فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن

ما بيناه ولو جبر على التسليم لكان البائع بالخيار إن شاء رضي بترك الرهن وإن شاء فسخ البيع
لأنه وصف مرغوب فيه وما رضي إلا به فيتخير بفواته إلا أن يدفع المشتري الثمن حالاً لحصول
المقصود أو يدفع قيمة الرهن رهناً لأن يد الاستيفاء تثبت على المعنى وهو القيمة قال ومن
اشترى ثوباً بدراهم فقال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فالثوب رهن
لأنه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس إلى وقت الإعطاء والعبرة في العقود للمعاني
حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط عدم براءته كفالة وقال زفر
لا يكون رهناً ومثله عن أبي يوسف لأن قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الإيداع والثاني أقلهما
فيقضى بثبوته بخلاف ما إذا قال أمسكه بدينك أو بمالك لأنه لما قابله بالدين فقد عين
جهة الرهن قلنا لما مده إلى الإعطاء علم أن مراده الرهن فصل ومن رهن عبدين بألف
درهم فقضى حصة أحدهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد منهما
ما يخصه إذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لأن الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوساً
بكل جزء من أجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين فصار كالمبيع في يد البائع فإن سمى
لكل واحد شيئاً من المال الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الأصل
وفي الزيادات له أن يقبضه إذا أدى ما سمى له وجه الأول أن العقد متحد لا يتفرق
بتفرق التسمية كما في المبيع ووجه الثاني أنه لا حاجة إلى الاتحاد لأن أحد العقدين
لا يصير مشروطاً في الآخر ألا يرى أنه لو قبل الرهن في أحدهما جاز قال فإن رهن
عيناً واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما
لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه
صيرورته محتبساً بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوساً بكل واحد منهما
بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند أبي حنيفة فإن تهايئا فكل واحد منهما في نوبته
كالعدل في حق الآخر قال والمضمون على كل واحد منهما حصته لأن عند الهلاك يصير
كل منهما مستوفياً حصته إذ الاستيفاء مما يتجزى قال فإن أعطى أحدهما دينه
كان كله رهناً في يد الآخر حتى يستوفي دينه لأن جميع العين رهن في يد كل واحد منهما
من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع إذا أدى أحد المشتريين حصته قال
وإن رهن رجلان بدين عليهما رجلاً رهناً واحداً فهو جائز والرهن رهن بكل الدين
وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لأن قبض الرهن يحصل في الكل
من غير شيوع قال فإن أقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل أنه رهنه عبده الذي
في يده وقبضه فهو باطل لأن كل واحد منهما أثبت ببينته أنه رهنه كل العبد ولا وجه
إلى القضاء لكل واحد منهما بالكل لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهناً لهذا

وكله رهناً لذاك في حالة واحدة ولا إلى القضاء بكله لواحد بعينه لعدم الأولوية
ولا إلى القضاء لكل منهما بالنصف لأنه يؤدي إلى الشيوع فتعذر العمل بهما وتعين
التهاتر ولا يقال إنه يكون رهناً لهما ارتهناه معاً إذا جهل التاريخ بينهما وجعل في
كتاب الشهادات كأنهما وقعا معاً وهذا وجه الاستحسان لأنا نقول هذا عمل على خلاف ما اقتضته الحجة
لأن كل منهما أثبت ببينته حبساً يكون وسيلة إلى مثله في الاستيفاء وبهذا القضاء
يثبت حبس يكون وسيلة إلى شطره في الاستيفاء وليس هذا عملاً على وفق الحجة
وما ذكرناه وإن كان قياساً لكن محمداً أخذ به لقوته وإذا وقع باطلاً فلو هلك يهلك
أمانة لأن الباطل لا حكم له قال ولو مات الراهن والعبد في أيديهما فأقام كل واحد منهما
البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهناً يبيعه بحقه استحساناً وهو
قول أبي حنيفة ومحمد وفي القياس هذا باطل وهو قول أبي يوسف لأن الحبس للاستيفاء
حكم أصلي لعقد الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وأنه باطل بالشيوع
كما في حالة الحياة وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته وإنما يراد لحكمه وحكمه
في حالة الحياة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين والشيوع
لا يضره كما إذا ادعى الرجلان نكاح امرأة أو ادعت أختان النكاح على رجل وأقاموا البينة
تهاترت في حالة الحياة ويقضى بالميراث بينهم بعد الممات لأنه يقبل الانقسام

باب الرهن يوضع على يدي العدل

قال وإذا اتفقا على وضع الرهن على يدي العدل جاز وقال مالك لا يجوز ذكر
قوله في بعض النسخ لأن يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند الاستحقاق
فانعدم القبض ولنا أن يده على الصورة يد المالك في الحفظ إذ العين أمانة
وفي حق المالية يد المرتهن لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة
الشخصين تحقيقاً لما قصداه من الرهن وإنما يرجع العدل على المالك في الاستحقاق
لأنه نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال وليس للمرتهن ولا للراهن أن يأخذه
منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وأمانته وتعلق حق المرتهن به استيفاء
فلا يملك أحدهما إبطال حق الآخر ولو هلك في يده هلك في ضمان المرتهن لأن يده
في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل إلى الراهن أو المرتهن ضمن
لأنه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وأحدهما أجنبي
عن الآخر والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بعد
ما دفع إلى أحدهما وقد استهلكه المدفوع إليه أو هلك في يده لا يقدر أن يجعل القيمة
رهناً في يده لأنه يصير قاضياً ومقتضياً وبينهما تناف ولكنهما يتفقان على أن يأخذاها
منه ويجعلاها رهناً عنده أو عند غيره وإن تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما إلى القاضي

ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى
المرتهن فالقيمة سالمة له لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن و
ولا يجتمع البدل والمبدل في ملك شخص واحد وان تخاصما بالدفع الى المرتهن فالراهن
يأخذ القيمة منه لان العين لو كانت قائمة في يده يأخذه اذا ادى الدين فكذلك يأخذ
ما قام مقامه ولا يجتمع فيه البدل والمبدل **قال** واذا وكل الراهن المرتهن او العدل
او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة لانه توكيل ببيع ماله فان شرطت
في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في ضمن عقد
الرهن صار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه الا يرى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم
اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب
المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل
نهيه لانه لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لم ينعزل لانه لم يوكله وانما
وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لم يبطل بموته ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة
وحق المرتهن مقدم **قال** وللوكيل ان يبيعه بغير حضور الورثة كما يبيعه في حال حياته
بغير حضوره وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت
احدهما فيبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه ووصيه
مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل رضي برأيه ولا برأي غيره وعن ابي يوسف
ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما
صار راس المال اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما انه بعد ما صار اعيانا كانت الوكالة
حقا لازما لكن عليه والاول هو الصحيح فيما لا يجانس المضاربة لانه حق المضارب وليس
للمرتهن ان يبيعه الا برضى الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه
الا برضاء المرتهن لان المرتهن احق بالعين من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه
بالبيع **قال** فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب
اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في الرهن وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة
وغاب الموكل فابى ان يخاصم يجبر على الخصومة للوجه الثاني وهو ان فيه اتواء الحق
بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيعه بنفسه فلا يتوى حقه اما المرتهن لا يقدر على بيعه
والمرتهن لا يملك بيعه فلم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل
لا يجبر اعتبارا للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح و
عن ابي يوسف ان الجواب في الفصلين واحد يؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير
وفي الاصل وان باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا
وههنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا اذا توي كان من مال المرتهن

لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد المرهون
وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ
حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه
قائم مقام الاول لحما ودما **قال** وان باع العدل الرهن واوفى المرتهن الثمن ثم استحق
الرهن فضمنه العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن
المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمنه غيره وكشف هذا ان المرهون المبيع
اذا استحق اما ان يكون هالكا او قائما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء
ضمن الراهن لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه بالبيع والتسليم
فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه امره
ببيع ملك نفسه وان ضمن العدل البائع نفذ البيع ايضا لانه ملكه باداء الضمان
فتبين انه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن
بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء
فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه اخذ
الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له وانما اداه
اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه
واذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان
يكون قائما في يد المشتري فللمستحق ان يأخذه بعينه لانه وجد عين ماله وللمشتري
ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه
حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم العدل بالخيار ان شاء
رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه
صح قبض المرتهن لان المقبوض سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد
بطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض
قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن
الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبضه
ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد
فالجواب كذلك في العهدة يرجع به على الراهن قبض الثمن المرتهن ام لا لانه لم يتعلق
بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل
ودفع الثمن الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقبوض بخلاف الوكالة المشروطة
في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رحمه الله هكذا ذكره الكرخي

وهو يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع **قال** وإن مات العبد المرهون في يد
المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار إن شاء ضمن الراهن وإن شاء ضمن المرتهن لأن كل واحد منهما
متعد في حقه بالتسليم أو بالقبض فإن ضمن الراهن فقد مات بالدين لأنه ملكه بأداء الضمان
فصح الإيفاء وإن ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه أما بالقيمة فلأنه
مغرور من جهة الراهن وأما بالدين فلأنه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فإن قيل
لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه فالملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان
فيتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن أبي حازم
القاضي والجواب عنه أنه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه أولا
أو بالانتقال من المرتهن إليه كأنه وكيل عنه والملك بكل ذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف
الوجه الأول لأن المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك إليه
فيتبين أنه رهن ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهي والله أعلم

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير
وهو المرتهن فيتوقف على إجازته وإن كان الراهن يتصرف في ملكه كمن أوصى بجميع ماله
يقف على إجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فإن أجازه المرتهن جاز لأن
التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وإن قضاه الراهن دينه جاز أيضا لأنه زال المانع
من النفاذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الأهل المضاف إلى المحل وإذا نفذ
البيع بإجازة المرتهن ينتقل حقه إلى بدله هو الصحيح لأن حقه تعلق بالمالية والبدل له
حكم المبدل فصار كالعبد المديون إذا بيع برضى الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل لأنهم رضوا
بالانتقال دون السقوط رأسا فكذا هذا وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية
حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري عليه لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة
الملك فصار كالمالك له أن يجيز وله أن يفسخ وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه لأنه
لا يثبت حق الفسخ له لأنما يثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد
هذا العقد فيبقى موقوفا فإن شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن إذ العجز
على شرف الزوال وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي وللقاضي أن يفسخ لفوات القدرة
على التسليم وولاية الفسخ إلى القاضي لا إليه وصار كما إذا أبق العبد المشتري قبل القبض
فلا يتخير المشتري لما ذكرنا كذا هذا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا
من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثاني موقوف أيضا على إجازته لأن الأول لم ينفذ
والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو أجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع

ولو باع الراهن ثم آجر أو رهن أو وهب من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الأول
والفرق أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لأنه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق
فائدته به أما لا حق له في هذه العقود لأنه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الإجارة
بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت إجازته إسقاطا
لحقه فزال المانع فنفذ البيع الأول فوضح الفرق **قال** فلو أعتق الراهن عبد الرهن
نفذ عتقه وفي بعض أقوال الشافعي لا ينفذ إذا كان المعتق معسرا لأن في تنفيذه إبطال
حق المرتهن فأشبه البيع بخلاف ما إذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض أقواله لأنه لا يبطل حقه
معنى بالتضمين وبخلاف إعتاق المستأجر لأن الإجارة تبقى مدتها إذ الحر يقبلها أما الذي يقبل
الرهن فلا يبقى ولنا أنه مخاطب أعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن
كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض وأعتق الآبق والمغصوب ولا خفاء في قيام الملك
في الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زوال الملك ثم إذا زال ملكه في الرقبة بإعتاقه
يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كإعتاق العبد المشترك بل أولى لأن ملك الرقبة أقوى
من ملك اليد فلما لم يمنع الأعلى لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى وامتناع النفاذ في البيع
والهبة لانعدام القدرة على التسليم وإعتاق الوارث عبدا موصى برقبته لا يلغو
بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد
ذلك إن كان الراهن موسرا والدين حالا طولب بأداء الدين لأنه لو طولب بأداء القيمة
تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه وإن كان الدين مؤجلا أخذت منه قيمة العبد
وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لأن سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فإذا حل
الدين اقتضاه بحقه إن كان من جنس حقه ورد الفضل وإن كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به
الدين إلا إذا كان بخلاف جنس حقه لأنه لما تعذر الوصول إلى حقه من جهة المعتق يرجع إلى
من ينتفع بعتقه وهو العبد لأن الخراج بالضمان قال رضي الله عنه وهذا إذا كانت القيمة أقل
من الدين أما إذا كان الدين أقل فلا نذكره إن شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر
لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الإعتاق
لأنه يؤدي ضمانا عليه لأنه إنما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وههنا يسعى
في ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه فصار كمعير الرهن ثم أبو حنيفة أوجب السعاية في
المستسعى المشترك في حالتي اليسار والإعسار وفي العبد المرهون شرط الإعسار لأن الثابت
للمرتهن حق الملك والثابت في المشترك حقيقته والثابت للشريك الساكت فوجبت السعاية
ههنا في حالة واحدة إظهارا للنقصان بخلاف المشتري قبل القبض إذا أعتقه
المشتري حيث لا يسعى للبائع لأن في رواية عن أبي يوسف رحمه الله والمرهون يسعى لأن حق البائع

في الحبس لضعف لان الهالك لم يملكه في الآخرة ولا يتمه في حق عينه وكذلك لا يبطل حقه
حقه في الحبس بالاعارة من المستعير والمرتهن فيقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة فمن الى
حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبنا الضمان فيها لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو اقر
المولى برهن عبده بان قال رهنته عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه يجب الضمان عندنا
خلافا لهما فهو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق الحق في حال الملك
التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية ولو دبره
الراهن صح تدبيره بالاتفاق عندنا هذا ظاهر وعنده كذلك لان التدبير لا يمنع البيع على اصله
ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين
وهو ما للاب في جارية الابن فيصح بالاعلى واذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية
اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذي
ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعى المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين لان
كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من القيمة ومن الدين لان كسبه حقه
والمحتبس عنده ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه
الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما ادياه من مال المولى والمعتق
يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيل الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر
في قيمته لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف ما اذا كان حالا
لانه يقضى به الدين ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضى عليه بالسعاية او لم يقض
لم يسع الا بقدر القيمة لان كسبه بعد العتق ملكه وما ادى قبل العتق لا يرجع
على مولاه لانه ادى من مال المولى قال وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لانه حق
محترم مضمون عليه بالاتلاف والمضمون هو حق المرتهن لقيامه مقام العين فان استهلكه
اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فيأخذ القيمة فتكون رهنا في يده لانه احق
بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته
يوم هلك فان كانت قيمته يوم استهلك خمسمائة ويوم رهن الفا غرم خمسمائة وكانت
رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كانها هلكت بآفة
والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق مضمون
عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك واذا استهلكه المرتهن والدين
مؤجل غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكان رهنا في يده حتى يحل الدين لانه بدل
بدل العين فاخذ حكمه واذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها
قدر حقه لانه جنس حقه ثم ان كان فيه فضل يرده على الراهن لانه بدل ملكه

ملكه وقد فرغ في حق المرتهن وان نقصت القيمة عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت
قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين بقدره ويعتبر قيمته
يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقي بالاتلاف وهو
قيمته يوم اتلف قال واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه
خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن فان هلك في يد الراهن هلك
بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا
في حكم الضمان في الحال الا يرى انه لو هلك الراهن قبل ان يرده الى المرتهن كان المرتهن احق
به من سائر الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن على
كل حال الا يرى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن مضمونا بالهلاك واذا بقي
عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته
وكذلك لو اعاره احدهما باذن الآخر سقط الضمان لما قلنا ولكل منهما ان يرده رهنا
كما كان لان لكل منهما حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من اجنبي اذا
باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد مبتدأ ولو مات
الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن اسوة للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم
بهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن اما بالاعارة لم يتعلق به حق لازم فافترقا
واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان يأخذ في العمل على
ضمان الرهن لبقاء يد الرهن وكذلك اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد
العارية ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية بالاستعمال
وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اذن الراهن للمرتهن بالاستعمال
لما بينا ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل او كثير فهو جائز
لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء
الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل زوالا
في حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي
الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان
التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه وينفي
النقصان ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه
وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر البعض
بالاضافة الى البعض وتفاوت الاشخاص بالامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا
ثم ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه ملكه

باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن
وبالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به
ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء
بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا القدر
وهو الموجب للرجوع دون القبض بذاته لانه برضاه وكذا ان اصابه عيب ذهب من الدين
بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله على ما بيناه وان كانت
قيمته اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء
بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه ولو كانت قيمته مثل الدين
فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير
متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف
الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته
فكان للطالب ان لا يقبله ولو هلك ثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه
فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بينا ولو اختلفا في ذلك فالقول
للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك في حالتي الحالتين كما لو اختلفا في مقدار ما امره
بالرهن به فالقول للمعير لان القول قوله في انكار اصله فكذا في انكار وصفه ولو رهنه
المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض
والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن
بمثله لانه سلمت مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه ولو
كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع
بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير قيمته لان الحق قد تعلق برقبته
وقد اتلفه بالاعتاق وتكون رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيردها الى المعير لان
استرداد القيمة كاسترداد العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد
او ركب الدابة قبل ان يرهنها ثم رهنها بمال مثل قيمتها ثم قضى المال ولم يقبضها حتى هلكا
عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ عن الضمان حين رهنها فانه كان امينا خالف
ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة او استخدم العبد فلم يعطب
ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع المودع
لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فبرئ عن
الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من الوصول الى يد المالك اما المستعير
في الرهن فتحصيل مقصود الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال

قال وجناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق
مثله بالمالية يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض
مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة
ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقامه **قال** وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه
بقدرها ومعناه اذا كان الضمان على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد
تعدى عليه المرتهن فيضمنه لمالكه **قال** وجناية الرهن على الراهن وعلى المرتهن
وعلى مالهما هدر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد
بالجناية على النفس ما يوجب المال اما الوفاقية فلانه جناية المملوك على المالك
الذي انه لو كان الضمان عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه لان
الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جناية على غير
المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية ان الجناية حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار
فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن
ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله
وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت
في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على مال
المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة في اعتبارها
لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت قيمته اكثر من الدين فعن ابي حنيفة انه يعتبر بقدر
الامانة لان الفضل ليس في ضمانه فاشبه جناية عبد الوديعة على المستودع وعنه انه
لا يعتبر لان حكم الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن
على ابن الراهن او على ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية على
الاجنبي **قال** ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص في السعر فرجعت
قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة
قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر
لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه
انتقاص العين ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر
في البيع حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين
لان بفواته جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط
شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته
مائة لانه يعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت واخذه

المرتهن لأنه بدل المالية في حق المستحق وإن كان مقابلا بالدم على أصلنا حتى لا يزاد على
دية الحر لأن المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما
هو قائم مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء لأن يد المرتهن يد الاستيفاء من الابتداء و
بالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء ألفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء
أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا الألف بمائة لأنه يؤدي إلى الربا فيصير مستوفيا
المائة ويبقى تسع مائة في العين فإذا هلك يصير مستوفيا تسع مائة بالهلاك بخلاف
ما إذا كان بغير قتل أصلا لأنه يصير مستوفيا الكل بالعين لأنه لا يؤدي إلى الربا **قال**
وإن كان أمره الراهن أن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع بتسع
مائة لأنه لما باعه بإذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان
كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين إلا بقدر ما استوفى فكذلك هذا **قال** وإن قتله عبد
قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد
هو بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن بماله
وقال زفر يصير رهنا بمائة له أن يد المرتهن يد الاستيفاء وقد تقرر بالهلاك
إلا أنه أخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره ولأصحابنا على زفر أن العبد الثاني
قائم مقام الأول لحما ودما ولو كان الأول قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين
عندنا لما ذكرنا فكذلك إذا قام المدفوع مكانه ولمحمد في الخيار أن المرهون تغير
في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع إذا قتل قبل القبض والمغصوب إذا قتل في
يد الغاصب يخير المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما أن التغير لم يظهر في نفس
العبد لقيامه مقام الأول لحما ودما كما ذكرنا مع زفر وعين الرهن أمانة عندنا
فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وأنه منسوخ
بخلاف البيع لأن الخيار فيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف الغصب لأن تملكه بأداء
الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي
مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف وإذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية
على المرتهن وليس له أن يدفع لأنه لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على
حاله ولا يرجع المرتهن على الراهن بشيء من الفداء لأن الجناية حصلت في ضمانه
فكان عليه إصلاحها ولو أبى المرتهن أن يفدي قيل للراهن ادفع العبد أو افده بالدية
لأن الملك في الرقبة له وإنما إلى المرتهن الفداء لقيام حقه فإذا امتنع عن الفداء
يطالب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فإن اختار
الدفع سقط الدين لأنه استحق بمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذا

وكذا إن فدى لأن العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف
ولد الرهن إذا قتل إنسانا أو استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع أو الفداء
في الابتداء لأنه غير مضمون على المرتهن فإن دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء
من الدين كما لو هلك فإن فدى فهو رهن مع أمه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون
مالا يستغرق رقبته فإن أدى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على
حاله كما في الفداء وإن أبى قيل للراهن بعه في الدين إلا أن يختار أن يؤدي عنه فإن
أدى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وإن لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب
دين العبد دينه لأن دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية
لتقدمه على حق المولى فإن فضل شيء ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر
فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لأن الرقبة استحقت بمعنى هو في ضمان المرتهن
فأشبه الهلاك وإن كان دين العبد أقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد
وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم إن كان دين المرتهن قد حل أخذه به لأنه
من جنس حقه وإن كان لم يحل أمسكه حتى يحل وإن كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم
أخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على أحد حتى يعتق العبد لأن الحق في دين الاستهلاك
يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر إلى ما بعد العتق ثم إذا أدى بعده لا يرجع
على أحد لأنه وجب عليه بجنايته بفعله وإن كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف
وقد جنى العبد يقال لهما افدياه لأن النصف منه أمانة والنصف مضمون والفداء
في المضمون على المرتهن وفي الأمانة على الراهن فإن أجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين
المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وإنما منه الرضا به فلو تشاحا
فالقول لمن قال أنا أفديه راهنا كان أو مرتهنا أما المرتهن فلأنه ليس في الفداء
إبطال حق الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن إبطال حق المرتهن وكذا
في جناية ولد الرهن إذا قال المرتهن أنا أفديه له ذلك وإن كان الراهن يختار الدفع
لأنه لم يكن مضمونا على المرتهن فهو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح
ولا ضرر على الراهن فيه لأنه ينفك وأما الراهن فلأنه ليس للمرتهن ولاية
الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في حصة الأمانة
حتى لا يرجع على الراهن لأنه يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه
والحالة هذه كان متبرعا وهذا على ما روي عن أبي حنيفة أنه لا يرجع مع الحضور
وسنبين القولين إن شاء الله تعالى ولو أبى المرتهن أن يفدي وفداه الراهن
فإنه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه لأن سقوط الدين أمر لازم

فدى او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين
او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا
بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه المرتهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع
عليه فيصير قصاصا بدينه كانه اوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقي ولو كان
المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع فان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا
قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والحسن وزفر المرتهن متطوع في الوجهين
لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا
امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا
تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون فلا يمكنه ذلك الا باصلاح
الامانة فلا يكون متبرعا قال واذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين
لان الوصي قائم مقامه ولو كان الموصي حيا بنفسه كان له ولاية البيع باذن
المرتهن فكذا لوصيه وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه
لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر
في نصب الوصي ليؤدي ما عليه ويستوفي ماله من غيره وان كان على الميت دين
فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللاخرين ان يردوه
لانه اثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي فان قضى
دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم
اخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع فيه قبل الرهن
فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء وهو يملكه
قال رح وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا ان شاء الله تعالى

فصل ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي
عشرة فهو رهن بعشرة لان ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن اذ المحلية
بالمالية فيهما والخمر وان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى ان من اشترى
عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد الا انه يتخير في البيع لتغير وصف
المبيع بمنزلة ما اذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ
جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن يتقرر بالهلاك
فاذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة
قبل القبض حيث لا يعود البيع بعد دباغ جلدها لان البيع ينتقض
بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود واما الرهن يتقرر بالهلاك على

ما بينا ومن مشايخنا من يمنع مسئلة البيع ويقول يعود البيع قال ونماء الرهن
للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف لانه متولد من ملكه ويكون رهنا
مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك يهلك بغير شيء لان
الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ
لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة
الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك لان الرهن يصير مضمونا بالقبض
والزيادة تصير مقصودة بالفكاك اذا بقي الى وقته والتبع يقابله شيء اذا صار
مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل يسقط من الدين لانه يقابله الاصل مقصودا
وما اصاب النماء افتكه الراهن بما ذكرنا وصور المسائل على هذا الاصل تخرج
وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتمامها في الجامع والزيادات ولو رهن شاة
بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك
حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك اما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط
والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه
باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة
اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب الشاة سقط وما اصاب اللبن
اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل
حصل بتسليط من جهته فصار كان الراهن اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فتكون له
حصته من الدين فيبقى بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن له الراهن في اكله
وكذلك جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس قال ويجوز الزيادة في
الرهن ولا يجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رح ولا يصير الرهن رهنا بها وقال
ابو يوسف رح يجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر والشافعي رح لا يجوز
فيهما والخلاف معهما في الرهن والثمن والمثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد
ذكرناه في البيوع ولابي يوسف في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع
والرهن كالمثمن فيجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق
باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع
في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين
وهو غير مانع من صحة الرهن الا يرى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين
جاز وهذا شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين
لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى

بعد انفساخه والالتحاق باصل العقد في بقاء العقد بخلاف البيع لان الثمن بدل يجب
بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين
على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت حتى لو كانت قيمة الزيادة
يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض الفا والدين الف يقسم الدين اثلاثا
في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين اعتبارا لقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا
لان الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض فيعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض
واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف
فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه
جعله زيادة مع الولد دون الام ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة
الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها
لان الزيادة دخلت على الام **قال** فان رهن عبدا يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا
اخر قيمته الف مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الاخر
امين حتى يجعله مكان الاول لان الاول انما دخل في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان
فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه
لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فاذا رد الاول دخل
الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد
الرهن يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كما اذا كان له على رجل جياد فاستوفى زيوفا
ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة في يده ما لم يرد
الزيوف ويجدد القبض وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل
وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه امانة والقبض يرد على العين فينوب
قبض الامانة عن قبض العين ولو ابرأ المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك
الرهن في يد المرتهن هلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر لان الرهن مضمون بالدين او
بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء او الهبة ولا جهته
لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع وكذا اذا ارتهنت
المراة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول
او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء في هذا كله ولم تضمن
شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء
متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه
وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان الابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرنا

لما ذكرنا والاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة
لانه يعقب مطالبة بمثله فاما هو في نفسه قائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول
فانتقض الاستيفاء الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين
لانه استيفاء وكذا اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت
الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى الابراء من حيث الاداء لانه يزول به عن ملك
المحيل مثل ما له على المحتال عليه او ما يرجع عليه اذا لم يكن للمحيل على المحتال عليه
دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك
بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ
والقتل بسبب والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام **قال** فالعمد ما تعمد ضربه
بسلاح او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة
والنار لان العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الالة القاتلة
فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم والقود اما المأثم فلقوله تعالى
ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها الاية وقد نطق به غير واحد
من السنة وعليه انعقد اجماع الامة واما القود فلقوله تعالى كتب عليكم القصاص
في القتلى الا انه تقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه
ولان الجناية بها تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون
ذلك **قال** الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا وليس
للولي اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي الا ان له حق العدول
الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي
قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي
كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب والسنة لان المال
لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه مصلحة الاحياء
زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة صون الدم عن الاهدار
ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة
فيه عندنا وعند الشافعي تجب لان الحاجة الى التكفير في العمد اشد منها اليه في
الخطأ فكان ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة
فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لا يدفع الادنى

لا يقتضيها الدفع الا على وجه ... حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل وشبه العمد
عند ابي حنيفة ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما اجري مجرى السلاح وقال ابو يوسف
ومحمد وهو قول الشافعي رحمه الله اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد
ان يتعمد ضربه بما لا يقتل غالبا لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها
لما انه يقصد به غيره كالتاديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث
لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان عمدا موجبا للقود وله قوله عليه السلام الا ان قتيل
خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل
ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا
فقصرت العمدية نظرا الى الآلة فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال
وموجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهه
بالخطأ والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء
لا لمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلاث سنين لقضية
عمر رضي الله عنه وتجب مغلظة وسنبين صفة التغليظ ان شاء الله تعالى ويتعلق به حرمان
الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون حرمان الميراث
ومالك رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفنا قال والخطأ على نوعين
خطأ في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا
هو مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة و
الدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير رقبة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي
على العاقلة في ثلاث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم
القتل فاما في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة في التثبت
في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى ويحرم عن الميراث لان فيه
اثما فيصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد بالضرب موضعا من جسده فاخطأ فاصاب
موضعا آخر فمات حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد بالقصد الى بعض بدنه اذ
جميع البدن كالمحل الواحد قال وما اجري مجرى الخطأ مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله
فحكمه حكم الخطأ في الشرع واما القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه فموجبه
اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا
دافعا وجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي يلحقه
بالخطأ في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل معدوم منه حقيقة فالحق به
في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم

لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد
في النفس فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة وما دونها لا يختص
اتلافه بآلة دون آلة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال القصاص واجب بقتل
كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما بينا واما حقن الدم على
التأبيد فلينتفي شبهة الاباحة وتتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد
للعمومات وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن
ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة
وهي منتفية بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد
لانهما يتساويان وبخلاف العبد يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد
المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما وجريان القصاص بين
العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه
قال والمسلم بالذمي خلافا للشافعي له قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة
بينهما وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام
قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او الدار
والمبيح كفر المحارب دون كفر المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد
بما روي الحربي لسياقه ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة قال ولا يقتل بالمستأمن
لانه غير محقون الدم على التأبيد وكذا كفره باعث على الحراب لانه على قصد الرجوع ولا يقتل
الذمي بالمستأمن لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا
لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن
وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة
امتناع القصاص وظهور التقاتل والتغالب قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عليه السلام
لا يقاد الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك في قوله يقاد اذا ذبحه ذبحا ولانه سبب لاحيائه
فمن المحال ان يستحق له افناؤه ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا
او زانيا وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه والجد من قبل الرجال
او النساء وان علا في هذا بمنزلة الاب وكذا الوالدة والجدة من قبل الاب او الام قربت
او بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد لعدم المسقط قال ولا يقتل الرجل بعبده ولا
مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده لانه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا
لا يقتل بعبد ملك بعضه لان القصاص لا يتجزى قال ومن ورث قصاصا على ابيه سقط
لحرمة الابوة قال ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل

ان ثمة فعل معشر وعلى قياس ان مات والا يحز رقبته لان مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عم
لا قود الا بالسيف والمراد به السلاح ولان فيما ذهب اليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل المقصود
بمثل ما فعل فيجب التحرز عنه كما في كسر العظم قال واذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث
الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح لا ارى في هذا
قصاصا لانه اشتبه سبب الاستيفاء فانه الولاء ان مات حرا والملك ان مات عبدا وصار
كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف
السبب كذا هذا ولهما ان حق الاستيفاء للمولى بيقين على التقديرين وهو معلوم والحكم
متحد واختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك
المسئلة لان حكم ملك اليمين يغاير حكم ملك النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى
فلا قصاص وان اجتمعوا مع المولى لانه اشتبه من له الحق لانه المولى ان مات عبدا والوارث
ان مات حرا اذ ظهر الاختلاف بين الصحابة رض في موته على نعت الحرية او الرق بخلاف الاولى
لان المولى متعين فيها وان لم يترك وفاء وله ورثة احرار وجب القصاص للمولى في قولهم
جميعا لانه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض اذا مات ولم يترك وفاء لان
العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن
والمرتهن لان المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين
فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه واذا قتل ولي المعتوه فلابيه ان يقتل
لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر فيليه كالانكاح وله
ان يصالح لانه انظر في حق المعتوه وليس له ان يعفو لان فيه ابطال حقه وكذلك
ان قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك الا انه لا يقتل
لانه ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا الاطلاق الصلح عن النفس
واستيفاء القصاص في الطرف فانهم لم يستثنوا الا القتل وفي كتاب الصلح ان الوصي
لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه فينزل منزلة الاستيفاء
ووجه المذكور ههنا ان المقصود من الصلح المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب
بخلاف القصاص لان المقصود منه التشفي وهو يختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب
لا يملكه لما فيه من الابطال فهو اولى وقالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف
كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لان الاطراف
يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان
استيفاؤه بمنزلة التصرف في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي
بمنزلة الاب في الصحيح الا يرى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي

بمنزلته فيه قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند
ابي حنيفة رح وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن
استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم
الصغار كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولى والاجنبي وله انه حق لا يتجزى لثبوته
بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد منهما
كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة
المولى ممنوعة قال ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه
بالعود فعليه الدية قال رض وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح فكمل السبب وان
اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن ابي حنيفة اعتبارا منه للآلة وهو الحديد
وعنه انما يجب اذا جرح وهو الاصح على ما بيناه ان شاء الله تعالى وعلى هذا الضرب بسنجة
الميزان واما اذا ضربه بالعود فانما يجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع
القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا الكبير فيكون قتلا بالمثقل
وفيه خلاف ابي حنيفة على ما بيناه وقيل هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهو مسئلة
الموالاة له ان الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب ولنا ما روينا
الا ان قتيل خطأ العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم العمدية لان
الموالاة قد تستعمل للتأديب او لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول
الفعل عنه وعساه اصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية قال ومن
غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة وقالا يقتص منه وهو قول
الشافعي غير ان عندهما يستوفي حزا وعنده يغرق كما بيناه من قبل لهم قوله عم من غرق
غرقناه ولان الآلة قاتلة فاستعمالها امارة العمدية ولا مراء في العصمة وله قوله عم
الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه وفي كل خطأ ارش ولان الآلة
غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعمالها فتمكنت شبهة عدم العمدية و
لان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص اثره ومنه المقصة للجلم ولا تماثل
بين الجرح والدق لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر
لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة
وقد اومت اليه اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على
العاقلة وقد ذكرنا اختلاف الروايات في الكفارة قال ومن جرح رجلا عمدا فلم
يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في
الظاهر فاضيف اليه قال واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما

على ظن انه مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطأ على ما بيناه والخطأ
بنوعيه لا يوجب القصاص ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق به نص الكتاب
ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة رضي الله عنه قضى رسول الله عليه السلام بالدية قالوا
انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير
سوادهم قال عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم **قال** ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد
واصابته حية فمات من ذلك فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد
لانه هدر في الدنيا والاخرة وفعله بنفسه هدر في الدنيا معتبر في الاخرة حتى يأثم
في النوادر وعن ابي حنيفة رحمه الله يغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف يغسل ولا يصلى عليه
وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلوة عليه اختلاف المشايخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس
والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا فكان جنسا اخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والاخرة
وصارت ثلثة اجناس فكأن النفس تلفت بثلثة افعال فيكون التالف بكل واحد
ثلثه فيجب عليه ثلث الدية **فصل** ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه
لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته ببغيه
ولانه تعين طريقا لدفع ضرر القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم في قوله في الجامع
الصغير فحق على المسلمين ان يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى وجوب دفع الضرر
وفي رقة جامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا ليلا او نهارا او شهر عليه عصا
ليلا في مصر او نهارا في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا
وهذا لان السلاح لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغيرة وان كان
يلبث ولكن لا يلحقه الغوث في الليل فيضطر الى دفعه بالقتل وكذا في النهار
في غير مصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا فان كان
عصا لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما **قال** وان شهر المجنون على غيره
سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله وقال الشافعي لا شيء عليه وعلى
هذا الخلاف الصبي والدابة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي
والمجنون للشافعي انه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولانه مضطر
محمول على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى
لو تحقق لا يوجب الضمان اما فعلهما معتبر في الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان
وكذا عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما مسقطا للعصمة دون
فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما او اتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل
الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كانت عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا

لا يجب القصاص بتحقق الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا وانما
لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية **قال** ومن شهر على غيره سلاحا
في المصر فضربه ثم قتله الاخر فعلى القاتل القصاص معناه اذا ضربه فانصرف لانه
خرج من ان يكون محاربا بالانصراف فعادت عصمته **قال** ومن دخل عليه غيره ليلا واخرج
السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه يباح له القتل
دفعا في الابتداء فكذا في الانتهاء استردادا وتأويل المسئلة اذا كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل

باب القصاص فيما دون النفس

ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من اليد المقطوعة
لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها فيه يجب فيه القصاص
وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها
لان منفعة اليد لا تختلف بذلك **قال** وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن لامكان
رعاية المماثلة **قال** ومن ضرب عين رجل فقلعها فلا قصاص عليه لامتناع المماثلة في
القلع وان كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب
تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب ويقابل عينه بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو
مأثور عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم **قال** وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن بالسن وان كان
سن من يقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر **قال**
وفي كل شجة يمكن فيها المماثلة القصاص لما تلونا **قال** ولا قصاص في عظم الا في
السن وهذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص في العظم
والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان
بخلاف السن لانه يبرد بالمبرد ولو قلع من اصله يقلع الثاني فيتماثلان
قال وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ لان شبه العمد يعود
الى الالة والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا
يختلف باختلاف الالة فلم يبق الا العمد او الخطأ ولا قصاص بين الرجل والمرأة
فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا للشافعي في جميع
ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد فيعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا
ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت بالقيمة وهو معلوم
قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له
فاعتبر اصلا وبخلاف الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب
القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في الارش **قال**

ومن قطع يد رجل في نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه
لا يمكن اعتبار المماثلة اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا الثاني نادر فيفضي
الى الهلاك ظاهرا واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة الاصابع
فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا
لان استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي
اذا انصرم عن ايدي الناس بعد الاتلاف ثم اذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه
كما اذا رضي بالرديء مكان الجيد ولو سقطت المؤفة قبل اختيار المجني عليه او قطعت ظلما
فلا شيء له عندنا لان حقه متعين في القصاص عينا وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط
بفواته بخلاف ما اذا قطعت بحق عليه من سرقة او قصاص حيث يجب عليه الارش لانه
اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى **قال** ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة
ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص
بمقدار شجته يبتدئ من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة
لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة
على ما فعله ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص فيتخير
كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يتخير ايضا لانه يتعذر الاستيفاء كملا للتعدي
الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته الى قفاه
ولا تبلغ الى قفا الشاج فهو بالخيار لان المعنى لا يختلف **قال** ولا قصاص في اللسان
ولا في الذكر وعن ابي يوسف انه اذا قطع من اصله يجب لانه يمكن اعتبار المساواة ولنا
انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان تقطع الحشفة لان موضع القطع
معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة او بعض الذكر فلا قصاص فيه لان البعض
لا يعلم مقداره بخلاف الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد
يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة اذا استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان
اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها لانه يتعذر اعتبارها **فصل** واذا
اصطلح القاتل واولياء المقتول على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او كثيرا
لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية على ما قيل نزلت في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له
قتيل الحديث والمراد والله اعلم الاخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه ولانه
حق ثابت للورثة يجري فيه الاسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على احسان
الاولياء واحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه نص
مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع وغيره وان لم يذكروا حالا ولا مؤجلا فهو حال

لانه مال واجب بالعقد والاصل في امثاله الحلول نحو المهر والثمن بخلاف الدية لانها
ما وجبت بالعقد **قال** وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا
بان يصالح عن دمهما على الف ففعل فالالف على الحر والمولى نصفان لان عقد الصلح
اضيف اليهما واذا عفا احد الشركاء من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط
حق الباقين عن القصاص وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق
جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي في الزوجين لهما ان الوراثة خلافة
وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امرأة اشيم
الضبابي من عقل زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان
فمات احدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وابن الابن فيثبت لسائر الورثة
والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو
الجرح واذا ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا او صلحا
ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لانه
لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا احد الوليين لان الواجب هناك قصاصان
من غير شبهة لاختلاف القتل والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص
ينقلب نصيب الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي شيء
من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين
وقال زفر يجب في سنتين فيما اذا كان بين شريكين فعفا احدهما لان الواجب
نصف الدية فيعتبر بما اذا قطعت يده خطأ ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكل الدية
مؤجل الى ثلاث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين
في الشرع فيجب في ماله لانه عمد **قال** واذا قتل جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم
لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب و
القصاص مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء
المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين
وقال الشافعي يقتل بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف قتل لهم
وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته له ان الموجود من الواحد
قتلات والذي تحقق في حقه قتلة واحدة فلا تماثل وهو القياس في الطرف الا انه
عرف بالشرع ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله الفصل
الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه لا يتجزى ولان القصاص شرع مع التنافي
لتحقيق الاحياء وقد حصل بقتله فاكتفى به **قال** ومن وجب عليه القصاص اذا مات

سقط عنه القصاص لفوات محل الاستيفاء فأشبه موت العبد الجاني ويتأتى عند خلاف
الشافعي إذ الواجب عنده أحدهما **قال** وإن قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص
على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي رح تقطع يداهما والمفروض إذا أخذا
سكينا وأمراه على يده حتى انقطعت له الاعتبار بالأنفس والأيدي تابعة لها فأخذت
حكمها أو يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا أن كل واحد منهما قاطع بعض اليد لأن الانقطاع
حصل باعتمادهما والمحل متجزئ فيضاف إلى كل واحد البعض فلا مماثلة بخلاف النفس لأن
الانزهاق لا يتجزأ ولأن القتل بطريق الاجتماع غالب حذار الغوث والاجتماع على
قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث **قال**
وعليهما نصف الدية لأنه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وإن قطع واحد يميني رجلين
فحضرا فلهما أن يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما
معا أو على التعاقب وقال الشافعي في التعاقب يقطع بالأول وفي القران يقرع لأن اليد
استحقها الأول فلا يثبت الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران
اليد الواحدة لا تفي بالحقين فيرجح بالقرعة ولنا أنهما استويا في سبب الاستحقاق
فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل يثبت مع المنافي
فلا يظهر إلا في حق الاستيفاء أما المحل فخلو عنه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن
لأن الحق في المحل وصار كما إذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب تستحق رقبته لهما
وإن حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لأن للحاضر أن يستوفي
لثبوت حقه وتردد حق الآخر وإذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق
الآخر في الدية لأنه أوفى به حقا مستحقا **قال** وإذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود
وقال زفر لا يصح إقراره لأنه يلاقي حق المولى بالإبطال فصار كما إذا أقر بالمال
ولنا أنه غير متهم فيه لأنه مضر به فيقبل ولأن العبد مبقى على أصل الحرية في حق الدم
عملا بالآدمية حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحدود والقصاص وبطلان حق المولى
بطريق الضمن فلا يبالى به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا فعليه القصاص
للأول والدية للثاني على عاقلته لأن الأول عمد والثاني أحد نوعي الخطأ كأنه رمى إلى صيد
فأصاب آدميا والفعل يتعدد بتعدد الأثر **فصل** ومن قطع يد رجل خطأ
ثم قتله عمدا قبل البرء أو بعده أو قطع يده عمدا ثم قتله خطأ أو قطع يده خطأ
فبرأت ثم قتله خطأ أو قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا فإنه يؤخذ بالأمرين جميعا
والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن تتميما للأول لأن القتل في الأعم
يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج إلا أن لا يمكن الجمع

من الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الأوليين لاختلاف
حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا
بأن كانا خطأين يجمع بالإجماع لإمكان الجمع فاكتفي بدية واحدة وإن قطع يده عمدا ثم قتله
عمدا قبل أن تبرأ يده فإن شاء الإمام قال اقطعوه ثم اقتلوه وإن شاء قال اقتلوه
وهذا عند أبي حنيفة وقالا يقتل ولا يقطع يده لأن الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم
تخلل البرء فيجمع بينهما وله أن الجمع متعذر إما للاختلاف بين الفعلين هذين لأن الموجب
هو القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع
وهو متعذر أو لأن الحز يقطع إضافة السراية إلى القطع حتى لو صدرا من شخصين
يجب القود على الحاز فصار كتخلل البرء بخلاف ما إذا قطع وسرى لأن الفعل واحد
وبخلاف ما إذا كانا خطأين لأن الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة ولأن أرش
اليد إنما يجب عند استحكام أثر الفعل وذلك بالحز القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل
وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان أما القتل والقطع قصاصا يجتمعان **قال**
ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لأنه
لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الأرش وإن بقيت في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة
وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر على قول أبي حنيفة وعن أبي يوسف في مثله حكومة
عدل وعن محمد أجرة الطبيب وإن ضرب رجلا مائة سوط وجرحته وبقي له أثر
تجب حكومة العدل لبقاء الأثر والأرش إنما يجب باعتبار الأثر في النفس **قال**
ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية
في ماله وإن عفا عن القطع وما يحدث منه أو عن الجناية ثم مات من ذلك فهو عفو عن
النفس ثم إن كان خطأ فهو من الثلث وإن كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند أبي حنيفة
وقالا إذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس أيضا وعلى هذا الاختلاف إذا عفا عن الشجة
ثم سرى إلى النفس ومات لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر
والقتل إذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن أحد موجبيه أيهما كان ولأن اسم القطع يتناول
الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما إذا عفا عن الجناية
فإنه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله أن سبب الضمان قد تحقق
وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لأنه عفا عن القطع
وهو غير القتل وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه
وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لأنه هو الموجب للعمد إلا أن في الاستحسان
تجب الدية لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم أن الساري

نوع من القطع وأن السراية صفة له بل السراية قتل من الابتداء وكذا موجبه من حيث
كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لأنه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة
وما يحدث منها لأنه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى
العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا إلا أن بذلك الطريق الأول إذا كان خطأ فهو من الثلث
وإن كان عمدا فهو من جميع المال لأن موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس
بمال فصار كما إذا أوصى بإعارة أرضه أما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر
من الثلث **قال** وإذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها
وعلى عاقلتها الدية إن كان خطأ وإن كان عمدا ففي مالها وهذا عند أبي حنيفة لأن العفو
عن اليد إذا لم يكن عفوا عما يحدث منه فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على ما يحدث منه
ثم القطع إذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح
مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لأن التزوج وإن
كان يتضمن العفو على ما بيناه لكن عن القصاص في الطرف في هذه
الصورة وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية ويجب في مالها
لأنه عمد والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية
تقع المقاصة إن كانا على السواء فإن كان في الدية فضل يرده على الورثة وإن كان في المهر
فضل يرده الورثة عليها وإن كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على أرش اليد وإذا
سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما إذا
تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لأن الدية تجب على العاقلة في الخطأ
والمهر لها **قال** وإن تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية ثم مات من ذلك والقطع
عمد فلها مهر مثلها لأن هذا تزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على
ما بيناه وصار كما إذا تزوجها على خمر أو خنزير ولا شيء عليها لأنه لما جعل القصاص مهرا
فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط أصلا كما إذا أسقط القصاص بشرط أن يصير
مالا فإنه يسقط أصلا وإن كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك
وصية لأن هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا إلا أنه يعتبر بقدر مهر المثل من جميع المال
لأنه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الأصلية ولا يصح في حق الزيادة على مهر
المثل لأنه محاباة فيكون وصية ويرفع عن العاقلة لأنهم يتحملون عنها فمن المحال
أن ترجع عليهم بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لأنهم من أهل الوصية
لما أنهم ليسوا بقتلة فإن كانت تخرج من الثلث تسقط وإن لم تكن تخرج يسقط ثلثه
وقال أبو يوسف ومحمد كذا الجواب فيما إذا تزوجها على اليد لأن العفو عن اليد عفو

عما يحدث منه عندهما فاتفق جوابهما في الفصلين **قال** ومن قطع يده فاقتص له
من اليد ثم مات فإنه يقتل المقتص منه لأنه تبين أن الجناية كانت قتل عمد وحق
المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود كمن له القود إذا استوفى
طرف من عليه وعن أبي يوسف أنه يسقط حقه عن القصاص لأنه لما أقدم على القطع فقد أبرأه
عما وراءه ونحن نقول إنما أقدم على القطع ظنا منه أن حقه فيه وبعد السراية تبين
أنه في القود فلم يكن مبرئا بدون العلم ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا
وقد قضي له بالقصاص أو لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا لا شيء عليه لأنه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لأنه استحق إتلاف النفس بجميع
أجزائه ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا إذا سرى وما برأ أو ما عفي وما سرى أو
قطع ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده وصار كما إذا كان له قصاص في طرف فقطع
أصابعه ثم عفى لا يضمن الأصابع وله أنه استوفى غير حقه لأن حقه في القتل وهذا
قطع وإبانة وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فإذا لم يقع
قتلا وإذا سقط وجب المال وإنما لا يجب في الحال لأنه يحتمل أن يصير قتلا بالسراية
فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس ضرورة ولا يظهر إلا عند الاستيفاء
أو العفو أو الاعتياض لما أنه تصرف فيه فأما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة
بخلاف ما إذا سرى لأنه استيفاء وأما إذا لم يعف وما سرى فقلنا إنما يتبين كونه قطعا
بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفي وبرأ الصحيح أنه على الخلاف وإذا قطع ثم حز
رقبته قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح والأصابع
إن كانت تابعة قياما بالكف فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لأنها تابعة للنفس
من كل وجه **قال** ومن له القصاص في الطرف إذا استوفاه ثم سرى إلى النفس ومات
يضمن دية النفس عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن لأنه استوفى حقه وهو القطع ولا
يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص إذ الاحتراز عن السراية
ليس في وسعه فصار كالإمام والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله أنه قتل
بغير حق لأن حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع ظلما كان قتلا
ولأنه جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل إلا أن القصاص
سقط للشبهة فوجب المال بخلاف ما استشهدا من المسائل لأنه مكلف فيها بالفعل
إما تقلدا كالإمام أو عقدا كما في غيره منها والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة
كالرمي إلى الحربي وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب إذ هو مندوب إلى العفو فيكون
من باب الإطلاق فأشبه الاصطياد

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان

حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند
ابي حنيفة وقالا لا يعيد وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما
على آخر لهما في الخلافية ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن
نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت
ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين
وله ان القصاص طريقه طريق الخلافة دون الوراثة الا يرى انه يثبت القصاص
بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما
اذا نصب شبكة فتعلق بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء
لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فان كان اقام القاتل
البينة ان الغائب قد عفى فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط
حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو على الغائب فينتصب الحاضر
خصما عن الغائب وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا
لما بيناه **قال** وان كان الاولياء ثلثة فشهد اثنان منهم على الآخر انه قد عفى فشهادتهما باطلة
وهو عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا فان
صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد اقر
بثلثي الدية لهما فيصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق
ويغرم نصيبه فان كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية ومعناه اذا كذبهما القاتل ايضا
وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا
فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما
المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود له لاقراره له بذلك وفي الجامع
الصغير ان هذا الثلث للشاهدين لا للمشهود عليه وهو الاصح **قال** واذا شهد الشهود
انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالبينة
كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد يتحقق
على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش
حتى مات وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشيء جارح **قال** واذا اختلف شاهدا القتل
في الايام او في البلدان او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر
والفعل في زمان او في مكان غير الفعل في مكان او زمان آخر والقتل بالعصا غير القتل
بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد فيختلف احكامهما فكان على كل قتل شهادة
فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر لا ادري بأي شيء قتله فهو باطل لان

المطلق يغاير المقيد **قال** واذا شهدوا انه قتله وقالوا لا ندري بأي شيء قتله ففيه
الدية استحسانا والقياس ان لا يقبل هذه الشهادة لان الفعل يختلف باختلاف الآلة
فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل فيجب اقل
موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا
عليه واذا لا كذبهم في نفي العلم ظاهرا اذ ورد بالاطلاق في اصلاح ذات البين وهذا
في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك ويجب الدية في ماله لان الاصل في الفعل العمد
فلا تلزم العاقلة **قال** واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي
قتلتماه جميعا له ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتله وشهد آخرون على آخر انه قتله
وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة تناول كل
واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر له
او المشهود له غير ان تكذيب المقر له في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي وتكذيب
المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان التكذيب تفسيق
وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار والله اعلم

باب في اعتبار حالة القتل

ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية
عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا
للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو
الرمي اذ لا فعل منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا
تعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق
التكفير حتى جاز بعد الرمي قبل الموت والقتل وان كان عمدا فالقود يسقط للشبهة
ووجبت الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في
قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم
تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته متقوما بعد ذلك **قال** وان رمى عبدا
فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة وقال محمد عليه فضل
ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقال ابو يوسف مع ابي حنيفة اولا لان العتق قاطع
للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه
بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله
الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانهما اتلاف
بعض المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد

فتصير النهاية مخالفة للبداية واما الرمي قبل الاعتاق فليس باتلاف شيء عنده لانه لا اثر له
في المحل وانما قلبه الاعتاق فلا يجب به الضمان وان تخالف الانتهاء والابتداء فيجب قيمته
للمولى ولا فرق بين المتناهي في وجوب القيمة نظرا الى حالة الرمي فالحجة عليه ما حققنا
قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على
الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها وكذا اذا رمى المجوسي الصيد ثم اسلم ثم
وقع الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله ثم وقع به الرمية
اكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية
والسلب بها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقع الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى
حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه
في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا

كتاب الديات

قال وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول
الجنايات قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية ودية
فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزي فيها الاطعام لانه لم
ينص والمقادير لا تعرف بالقياس ولانه جعل المذكور كل الواجب للفاء او لكونه كل
المذكور على ما عرف ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه
ولا يجزيه ما في البطن لانه لم تعرف حياته ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطا
لما تلوناه ودية شبه العمد عند ابي حنيفة مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون
بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي ثلاثون
جذعة وثلاثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله عم
الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل اربعون منها في
بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك فيما قلنا ولهما قوله عم في نفس
المؤمن مائة من الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رض في صفة التغليظ وابن
مسعود رض قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال ولا
يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية في غير الابل
لم تتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطا تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل
لما بيناه قبل قال والدية في الخطا مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض
وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة
وهذا قول ابن مسعود رض واخذنا به والشافعي لروايته عن النبي عم انه قضى في قتيل

قتل خطا اخماسا على نحو ما قال ولان ما قلناه اخف فكان اليق بحالة الخطا لان
الخاطئ معذور وعين ان الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة
عليه ما ذكرنا قال ومن العين الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال
الشافعي من الورق اثنا عشر الفا لما روى ابن عباس ان النبي عم قضى بذلك
ولنا ما روي عن عمر ان النبي عم قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وتاويل ما روى
انه قضى بدراهم كان وزنها وزن ستة وقد كانت كذلك قال ولا تثبت الدية الا
من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة وقالا ومنها من البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا
شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رض جعل هكذا على اهل كل مال منها
وله ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا
لا تقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالاثار المشهورة عدمناها في غيرها وذكر
انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك
ثم قيل هو قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما قال ودية المراة على النصف
من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رض ومرفوعا الى النبي عم
وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف ولعامه فيه وفيه حجة ثابت والحجة
عليه ما رويناه بعمومه ولان حالها انقص من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر
اثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث
وما فوقه قال ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي دية اليهودي و
النصراني اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك دية اليهودي
والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عم عقل الكافر نصف عقل المسلم والكل
عنده اثنا عشر الفا وللشافعي ما روي عن النبي عم جعل دية اليهودي والنصراني
اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله عم دية كل ذي عهد
في عهده الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر رض وما رواه الشافعي لم يعرف
راويه ولم يذكر في كتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك فانه ظهر به عمل
الصحابة

فصل فيما دون النفس

قال في النفس الدية وقد ذكرناه قال
وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية والاصل فيه ما روى سعيد
ابن المسيب ان النبي عم قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية
هكذا في الكتاب الذي كتبه رسول الله عم لعمرو بن حزم والاصل في الاطراف
انه اذا فوت جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال
يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما للآدمي

اصلا فصار وصول الدمع بالرية كما في اللسان والانف وعلى هذا تتشعب فروع كثيرة
فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن
او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو
واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع
الكلام لتفويت منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض
الحروف قيل يقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان فبقدر ما لا يقدر
يجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها يجب حكومة العدل لحصول الافهام مع الاختلال
وان عجز عن اداء اكثرها يجب كل الدية لان الظاهر انه لا تحصل منفعة الكلام وكذا في
الذكر لانه تفوت به منفعة الوطء والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق
الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة
لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال وفي العقل
اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده
وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي
عن عمر انه قضى باربع ديات في ضربة واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع والبصر قال
وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال قال وفي شعر الراس الدية
لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي فيهما حكومة عدل لان ذلك زيادة في الادمي ولهذا
يحلق شعر الراس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب
في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال
فيجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين وكذا شعر الراس جمال الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف
في ستره بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد فعن ابي حنيفة
انه يجب كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود في العبد المنفعة بالاستعمال
دون الجمال بخلاف الحر قال وفي الشارب حكومة عدل وهو الاصح لانه تابع للحية
فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء
في حلقه لان وجوده يشينه ولا يزينه وان كان اكثر من ذلك وكان على الخد والذقن جميعا
لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه
ليس بكوسج وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان لا يجب
شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه الامر المحرم وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة انه
لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد حكومة العدل لانه ينقص قيمته وعندهما
يجب حكومة عدل لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه ويستوي العمد والخطأ على هذا

على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي
يجب حكومة عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين الدية
وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية كذا
روي في حديث سعيد بن المسيب عن النبي عليه السلام قال وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية
وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن حزم وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان في
الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت
احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية قال وفي ثديي المرأة الدية لما فيه من تفويت جنس المنفعة
وفي احدهما نصف دية المرأة لما بينا بخلاف ثديي الرجل حيث يجب حكومة عدل لانه ليس فيه
تفويت المنفعة والجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع
واستمساك اللبن وفي احدهما نصفها لما بينا قال وفي اشفار العينين الدية وفي
احدها ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكره محمد في الاصل لانها
كالرواية للقربة وهي حقيقة في المنبت وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس
المنفعة وهي منفعة دفع القذى والاذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا
كان الواجب في الكل الدية وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي الثلاثة ثلاثة
ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها
ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال وفي كل
اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل
ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية
عليها قال والاصابع كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا تعتبر
الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه تفوت بقطع كلها منفعة
المشي فيجب الدية كاملة ثم فيهما عشر اصابع فتقسم الدية عليها اعشارا وكل اصبع فيها
ثلاثة مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف دية
الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال وفي كل سن خمس من الابل
لقوله عليه السلام في حديث ابي موسى في كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس سواء
لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها في اصل المنفعة سواء
فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص
وقد مر في الجنايات قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت
والعين اذا ذهب ضوءها لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة
ومن ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا لو احدبه

لانه فوّت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو قلعت الحاجبة لا شيء عليه لزوالها
لا عن اثر **فصل في الشجاج** **قال** الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي
تخدشه ولا تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين
والدامية وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة
رقيقة بين اللحم وعظم الرأس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه
والهاشمة وهي التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله
والآمة وهي التي تصل الى ام الرأس وهو الذي فيه الدماغ **قال** ففي الموضحة القصاص
ان كانت عمدا لما روي انه عم قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي السكين
الى العظم فيتساويان فيتحقق القصاص **قال** ولا قصاص في بقية الشجاج لانه
لا يمكن اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة
كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن ابي حنيفة وقال محمد في الاصل وهو ظاهر
الرواية يجب القصاص فيما قبل الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه
كسر العظم ولا خوف هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر
ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص **قال** وفيما دون
الموضحة حكومة عدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب
اعتباره بحكم العدل وهو مأثور عن النخعي وعمر بن عبد العزيز **قال** وفي الموضحة
ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية
ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت
فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم ان النبي عم قال وفي الموضحة
خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى المأمومة
ثلث الدية وقال عم في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب
الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احداهما من جانب البطن
والاخرى من جانب الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب في النافذة ثلثا
الدية وعن محمد انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود
وما ذكرناه بدءا مروي عن ابي يوسف وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذه
شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في
الغالب لا جناية مقتصرة مفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والرأس
لغة وما كان في غير الوجه والرأس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح
حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما يجب حكومة

حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما لانه انما ورد بالحكم
فيهما لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منهما في الغالب
وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك
حتى لو وجد فيهما ارش مقدر لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة
ولا مواجهة للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصلة وقد
يتحقق فيهما معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الرأس او
جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي ان يقوم مملوكا بدون
هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف
عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي ينظر
كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص
فيه يرد الى المنصوص عليه **فصل** وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل
اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف الدية ولان في قطع الاصابع
تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه
ايضا نصف الدية لقوله عم وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان
الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع
والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل وهو رواية عن ابي يوسف وفي رواية
عنه ان ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع
اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد
على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع دون
الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه الى ان يكون تبعا
للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع
قال وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية وان كانت
اصبعين فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة وقالا ينظر الى ارش الكف
والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين
لان الكل شيء واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد منهما اصل من وجه فرجحنا
بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم بها
واوجب الشرع في اصبع واحد عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات والحكم
اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلاث اصابع يجب ارش
الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر

حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها **قال** وفي الاصبع
الزائدة حكومة عدل تشريفا للادمي لانه جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك
السن الشاغية لما قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل
وقال الشافعي يجب الدية كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا
ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك
والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال الصحيح
وقد فوته على الكمال وكذا لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة
الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه
حكم البالغ في العمد والخطا **قال** ومن شج رجلا فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة
في الدية لان بفوات العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات
وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر
وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء في الكل كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال
زفر لا يدخل لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات
وجوابه ما ذكرناه **قال** وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة
مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وعن ابي يوسف ان الشجة تدخل في
دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كل واحد منها جناية
فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل
لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا ووجه الثاني ان السمع والكلام مبطن
فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به **قال** وفي الجامع الصغير ومن شج
رجلا فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة قالوا وينبغي ان تجب الدية
فيهما وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين وان قطع
اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا قصاص عليه في
شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل وكذلك
لو كسر سن رجل فاسود ما بقي ولم يحك خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن
كله ولو قال اقطع المفصل واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور واترك الباقي
لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة
فقال اشجه موضحة واترك الزيادة وهما في الخلاف فيه ان الفعل في محلين فيكون
جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احدهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل
عمدا فاصابه ونفذ منه الى غيره فقتله يجب القود في الاول والدية في الثاني وله

350

وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس في وسعه السارية فيجب المال ولانه
الفعل واحد وهو الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالاخر فاورثت
وحدانيته شبهة الخطا في البداية بخلاف النفسين ولان احدهما ليس من سراية صاحبه بخلاف
ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس بفعل مقصود وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها
اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن رح
يقتص من الاولى وفي الثانية الارش وهو احد الوجهين من الجانبين وقد ذكرناه وروى ابن سماعة
عن محمد في المسألة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهب بصره ان يجب القصاص
فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف
خلاف الاصبعين لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد على هذه الرواية
ان سراية ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب القصاص كما لو الت الى
النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب البصر بطريق التسبيب
الا يرى ان الشجة بقيت موجبة في نفسها ولا قود في التسبيب بخلاف السراية الى
النفس لانه لا تبقى الاولى فانقلبت الثانية مباشرة ولو كسر بعض السن فسقطت
فلا قصاص الا على رواية ابن سماعة ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين
هاتين ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة وقالا
عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادثة نعمة مبتدأة من الله تعالى
وله ان الجناية انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع
لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف انه تجب حكومة عدل لمكان الالم الحاصل
ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش
بكماله لان هذا مما لا يعتد به اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها
فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت عليه ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة
سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم لانه تبين
انه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى
فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع وكان ينبغي ان ينتظر الياس
في ذلك للقصاص الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه
ينبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين انا
اخطانا فيه والاستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال
ولو ضرب انسان سنه فتحركت يستانى حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة
ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيها سقط بضربه

فالعقل المضروب ليكون التأجيل مفيدا وهذا لأن [...] ما إذا انتهت موضحة في الحال وقد
صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول الضارب لأن الموضحة لا تورث
المنقلة أما التحريك يؤثر في السقوط فافترقا فإن اختلفا في ذلك بعد السنة
فالقول للضارب لأنه ينكر أثر فعله وقد مضى الأجل الذي وقته القاضي
لظهور الأثر فكان القول للمنكر ولو لم يسقط لا شيء على الضارب وعن أبي يوسف رحمه الله
أنه يجب حكومة عدل الألم وسنبين الوجهين بعد هذا إن شاء الله تعالى ولو لم يسقط
ولكنها اسودت يجب الأرش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص
لأنه لا يمكنه أن يضربه ضربا تسود منه سنه وكذا إذا كسر بعضه واسود الباقي لا
قصاص لما ذكرنا وكذا إذا احمر أو اخضر قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها أثر
ونبت الشعر سقط الأرش عند أبي حنيفة لزوال الشين الموجب وقال أبو يوسف رحمه الله
عليه أرش الألم وهو حكومة عدل لأن الشين إن زال فالألم الحاصل ما زال فيجب تقويمه
وقال محمد عليه أجرة الطبيب لأنه إنما لزمه أجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار
كأنه أخذ ذلك من ماله إلا أن أبا حنيفة يقول إن المنافع على أصلنا لا تتقوم إلا بعقد
أو بشبهة عقد ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال ومن ضرب رجلا مائة سوط
فجرحه وبرأ منها فعليه أرش الضرب معناه إذا بقي أثر المضروب فأما إذا لم يبق أثره
فهو على اختلاف قد مضى في الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله
قبل البرء خطأ فعليه الدية وسقط أرش اليد لأن الجنايتين من جنس واحد والموجب
واحد وهو الدية فإنها بدل النفس بجميع أجزائها فدخل الطرف في النفس كأنه قتله
ابتداء قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص منه حتى يبرأ وقال الشافعي رحمه الله يقتص
منه في الحال اعتبارا بالقصاص في النفس وهذا لأن الموجب قد تحقق فلا يعطل
ولنا قوله عليه السلام يستأنى في الجراحات سنة ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها
لأن حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري إلى النفس فيظهر أنه قتل وإنما يستقر
الأمر بالبرء قال وكل عمد سقط فيه القصاص بشبهة فالدية في مال القاتل وكل أرش
وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا
عمد غير أن الأول يجب في ثلاث سنين لأنه مال وجب بالقتل ابتداء فأشبه شبه العمد
والثاني يجب حالا لأنه مال وجب بالعقد فأشبه الثمن في البيع قال وإذا قتل
الأب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي يجب حالا لأن الأصل
أن ما يجب بالإتلاف يجب حالا والتأجيل فيه للتخفيف في الخاطئ وهذا عامد فلا يستحقه
ولأن المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا أنه

مال وجب بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطأ وشبه العمد وهذا لأن القياس
يأبى تقوم الآدمي بالمال لعدم التماثل والتقوم ثبت بالشرع وقد ورد به مؤجلا
لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما إلى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا
لا يجوز وصفا وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته
لما روينا ولأن الإقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق
العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة وكذلك كل جناية
موجبها خمسمائة فصاعدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي عمده عمد حتى
تجب الدية في ماله حالة لأنه عمد حقيقة إذ العمد هو القصد غير أنه تخلف عنه أحد حكميه
وهو القصاص فينسحب عليه حكمه الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا تجب الكفارة به
ويحرم عن الميراث على أصله لأنهما يتعلقان بالقتل ولنا ما روي عن علي أنه جعل عقل المجنون
على عاقلته وقال عمده وخطؤه سواء ولأن الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ
لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو أعذر أولى بهذا
التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فإنها تترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون
عديم العقل والصبي قاصر العقل فأنى يتحقق منهما القصد وصار كالنائم وحرمان
الميراث عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب
تستره لأنهما مرفوعا القلم

فصل في الجنين

وإذا ضرب بطن امرأة فألقت
جنينا ميتا ففيه غرة وهي نصف عشر الدية قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي
الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس أن لا يجب شيء لأنه لم
يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي أن
النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد أو أمة قيمته خمسمائة ويروى أو خمسمائة فتركنا
القياس بالأثر وهو حجة على من قدرها بستمائة نحو مالك والشافعي وهي على
العاقلة إذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك رحمه الله في ماله لأنه بدل الجزء ولنا أنه عليه السلام
قضى بالغرة على العاقلة ولأنه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية حيث قال دوه
وقالوا أندي من لا صاح ولا استهل الحديث إلا أن العواقل لا تعقل ما دون
خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي في ثلاث سنين لأنه بدل النفس ولهذا
يكون موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن أنه قال بلغنا أن النبي عليه السلام
جعل الغرة على العاقلة في سنة ولأنه إن كان بدل النفس من حيث إنه نفس على حدة فهو
بدل العضو من حيث الاتصال بالأم فعملنا بالشبه الأول في حق التوريث وبالثاني
في حق التأجيل إلى سنة لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل أو أكثر من نصف العشر

يجب في سنة لأنه بدل الجزء ... أجزاء الدية لأن كل جزء منها على الحر وجب في ثلث سنين ويستوي فيه الذكر والأنثى لإطلاق ما روينا ولأن في الحقيقة إنما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيتقدر بمقدار واحد وهو خمسمائة فإن ألقته حيا ثم مات ففيه الدية كاملة لأنه أتلف حيا بالضرب السابق وإن ألقته ميتا ثم ماتت الأم فعليه دية بقتل الأم وغرة بإلقائها وقد صح أن النبي عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة وإن ماتت الأم من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية في الأم ودية في الجنين لأنه قاتل شخصين وإن ماتت ثم ألقت ميتا فعليه دية في الأم ولا شيء في الجنين وقال الشافعي تجب الغرة في الجنين لأن الظاهر موته بالضرب فصار كما إذا ألقته ميتا وهي حية ولنا أن موت الأم أحد سببي موته لأنه يختنق بموتها إذ تنفسه بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك **قال** وما يجب في الجنين موروث عنه لأنه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها لأنه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث للقاتل **قال** وفي جنين الأمة إذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى وقال الشافعي فيه عشر قيمة الأم لأنه جزء من وجه وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل ولنا أنه بدل نفسه لأن ضمان الطرف لا يجب إلا عند ظهور النقصان ولا معتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيتقدر بها وقال أبو يوسف يجب ضمان النقصان لو انتقصت الأم اعتبارا بجنين البهائم وهذا لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكره فيصح الاعتبار على أصله فإن ضربت فأعتق المولى ما في بطنها ثم ألقته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا يجب الدية وإن مات بعد العتق لأنه قتله بالضرب السابق وقد كان في حالة الرق فلهذا تجب القيمة دون الدية وتجب قيمته حيا لأنه صار قاتلا إياه وهو حي فنظرنا إلى حالتي السبب والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد يجب قيمته ما بين كونه مضروبا إلى غير مضروب لأن الإعتاق قاطع للسراية على ما يأتي من بعد إن شاء الله تعالى **قال** ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي يجب لأنه نفس من وجه فيجب الكفارة احتياطا ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا يتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا إلا أن يشاء ذلك لأنه محظور فإذا تقرب إلى الله تعالى كان أفضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي قد استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الأحكام لإطلاق ما روينا ولأنه ولد في حق أمومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولأن بهذا القدر يتميز من العلقة والدم فكان نفسا والله تعالى أعلم بالصواب

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن أخرج إلى الطريق الأعظم كنيفا أو ميزابا أو جرصنا أو بنى دكانا فلرجل من عرض الناس أن ينزعه لأن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك فإن لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه فكذا في الحق المشترك **قال** ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لأن له حق المرور ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه إذ المانع متعنت فإذا أضر بالمسلمين كره لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الإسلام **قال** وليس لأحد من أهل الدرب الذي ليس بنافذ أن يشرع كنيفا ولا ميزابا إلا بإذنهم لأنها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال فلا يجوز التصرف أضر بهم أو لم يضر إلا بإذنهم وفي الطريق النافذ له التصرف إلا إذا أضر لأنه يتعذر الوصول إلى إذن الكل فجعل في حق كل واحد كأنه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لأن الوصول إلى إذنهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما **قال** وإذا أشرع في الطريق روشنا أو ميزابا أو نحوه فسقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته لأنه متسبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق وهذا من أسباب الضمان وهو الأصل وكذا إذا سقط شيء مما ذكرنا في أول الباب وكذا إذا تعثر بنقضه إنسان أو عطبت به دابة وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي أحدثه فيهما لأنه يصير كالدافع إياه عليه وإن سقط الميزاب نظر فإن أصابه ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان لأنه غير متعد فيه لما أنه وضعه في ملكه وإن أصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لأنه يمكنه أن يركبه في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لأنه ليس بقاتل حقيقة ولو أصابه الطرفان جميعا وعلم بذلك وجب النصف وهدر النصف كما إذا جرحه سبع وإنسان ولو لم يعلم أي طرف أصابه يضمن النصف اعتبارا للأحوال ولو أشرع جناحا إلى الطريق ثم باع الدار فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ إليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع لأن فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في الطريق جمرا فأحرق شيئا يضمنه لأنه متعد فيه ولو حركته الريح إلى موضع آخر ثم أحرق شيئا لا يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل إذا كان اليوم ريحا يضمنه لأنه فعله مع علمه بعاقبته وقد أفضى إليها فجعل كمباشرته ولو استأجر رب الدار الفعلة لإخراج الجناح أو الظلة فوقع فقتل إنسانا قبل أن يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لأن التلف بفعلهم وما لم يفرغوا

من العمل لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم
الكفارة والقتل غير داخل في عقده فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد
فراغهم فالضمان على رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع
فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا يضمنه وكذا اذا صب
الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء او توضأ لانه متعد فيه بالحاق
الضرر بالمارة بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع
متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المشتركة
قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر
انه لا يزلق به لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش
لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا للمرور ولا اثر للماء فيه
فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش
جميع الطريق يضمن لانه مضطر في المرور وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق
في اخذها جميعه او بعضه ولو رش فناء حانوت فتعقل به انسان باذن صاحبه فالضمان على
الامر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد
الامر **قال** ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف به انسان فديته
على عاقلته وان تلفت بهيمة فضمانها في ماله لانه متعد فيه فيضمن ما يتولد منه
غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب
واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق
فعطب بموضع كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد فانه ما احدث شيئا فيه
وانما قصد دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق فتعقل بها انسان
كان ضامنا لتعديه بشغله ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فعطب به انسان
فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انفسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثاني
موضع آخر وفي الجامع الصغير في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره
السلطان بذلك او اجبره عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية
في حقوق العامة وان كان بغير امره فهو متعد فيه اما بالتصرف في حق غيره او
بالافتيات على رأي الامام او هو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل
في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذلك
ان حفره في ملكه لم يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفر في فناء داره لان له ذلك
لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا له او كان له حق

حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين او مشتركا بان كانت في سكة غير
نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا صحيح ولو حفر في الطريق ومات الواقع فيه
جوعا او غما لا ضمان على الحافر عند ابي حنيفة لانه مات لمعنى في نفسه والضمان انما يجب
اذا مات من الوقوع وقال ابو يوسف ان مات جوعا فكذلك وان مات غما فالحافر ضامن له لانه
لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يختص بالبئر وقال محمد هو ضامن في الوجوه
كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع اذ لولاه لكان الطعام قريبا منه وان استأجر اجراء
فحفروها له في غير فنائه فذلك على المستأجر لان الاجارة صحت ظاهرا اذ لم يعلموا فنقل فعلهم اليه
لانهم كانوا مغرورين وصار كما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة
لغيره الا ان هناك يضمن المأمور ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر مسبب
والترجيح للمباشرة فيضمن ويرجع للغرور وههنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء
لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستأجر متعد فترجح جانبه فان
علموا بذلك فالضمان على الاجراء لانه لم يصح امره بما ليس بمملوك له ولا غرور فبقي الفعل
مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه انسان
فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان
على المستأجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء
الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه
ظاهرا بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه **قال** ومن جعل قنطرة بغير
اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل قنطرة وكذلك
ان وضع خشبة في الطريق فتعمد رجل المرور عليها لان الاول تعد وهو تسبيب
والثاني تعد وهو مباشرة فكانت الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل
مختار يقطع النسبة كما في الحافر مع الملقي **قال** ومن حمل شيئا في الطريق فسقط
على انسان فعطب به فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه
فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشتمل الوجهين والفرق ان حامل
الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد
حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد لما ذكرناه فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد انه اذا
لبس ما لا يلبسه فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه **قال** واذا كان المسجد
للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به
رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه من القرب وكل احد مأذون في اقامتها

فلا يتقيد بشرط السلامة كما اذا دخله باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة وهو الفرق
ان التدبير فيما يتعلق باهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه
واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد
بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة
لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه
الاستيذان من اهله **قال** وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلاة
وان كان في غير الصلاة ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان
جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلاة او نام فيه في اثناء الصلاة او نام في غير
الصلاة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا الاختلاف واما المعتكف فقد
قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف لهما ان المسجد انما بني للصلاة والذكر
ولا يمكنه اداء الصلاة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات
الصلاة ولان المنتظر للصلاة في الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في
الصلاة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلاة وله ان المسجد بني للصلاة وهذه
الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للصلاة مباحا مطلقا
والجلوس لما يلحق به مباحا مقيدا بشرط السلامة كالرمي الى الكفار او الى الصيد والمشي
في الطريق والمشي في المسجد اذا وطئ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان
جلس رجل من غير العشيرة فيه في الصلاة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد
بني للصلاة وامر الصلاة بالجماعة وان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من
المسلمين ان يصلي فيه وحده

فصل في الحائط المائل

قال واذا مال الحائط
الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر
على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه
لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه
والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان
الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا
تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع
ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به كذا هذا
حتى يضمن اذا هلك في يده كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب
قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذرا
على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط

فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس
يجب الدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطأ فيستحق فيه التخفيف
بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استئصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب
والعروض يجب ضمانه في ماله لان العاقلة لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب
النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره
فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت
الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام
التعدي ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد
لان البناء تعدى ابتداء كما في اشراع الجناح ويقبل شهادة رجل وامرأتين على التقدم
لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه
لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي
لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة
حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فيتفرد
كل صاحب حق به **قال** وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق
له على الخصوص وان كان فيها سكان فلهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل
الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها او فعل ذلك ساكنوها
فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله
القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة الناس وليس لهما ابطال حقهم
ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك
الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا بالوضع
ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه لم يشهد عليه ولو اشهد
عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل
ان يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه
لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستأجر والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن
لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم وامه في حائط الصبي
لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعلهما كفعله والى
المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولاية النقض له
ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى
لان الاشهاد من وجه على المولى وضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح
التقدم الى احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه

من اصلاح مفسده بجهة تعينه وهذا لو رفعت الى القاضي ولو سقط الحائط المائل على انسان
بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء
لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ النقض ملكه والاشهاد على الحائط
المائل اشهاد على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحائط
فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره لا يضمنه لان
التفريغ الى مالكها **قال** واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا
ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كانت دار بين ثلثة فحفر احدهم فيها بئرا
او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته وهذا عند ابي حنيفة وقالا
عليه نصف الدية على عاقلته في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر
وبنصيب من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم
نصفين كما في عقر الاسد ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة
واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل حتى
يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على
اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة للتلف بنفسها صغرت او كبرت
على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية والله تعالى اعلم بالصواب

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما اوطأت الدابة ما اصابت بيدها او برجلها او رأسها او كدمت
او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور
في طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره
من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بما ذكرنا ليعتدل النظر من
الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن
التحرز عنه لما فيه من المنع عن التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عنه ولا يتعذر
عن الايطاء وما يضاهيه ممكن فانه ليس من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه
والنفحة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به
فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه عن
النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق فيضمنه **قال** وان اصابت بيدها
او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او
افسد ثوبه لم يضمنه وان كان حجرا كبيرا ضمن لانه في الوجه الاول لا يمكنه التحرز عنه
اذ سير الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك
بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف **قال** فان

فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن لانه من ضرورات
السير فلا يمكنه التحرز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف
وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف
لانه ليس من ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا
يلحق به والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها
دون رجلها والمراد النفحة قال رضي الله عنه هكذا ذكر القدوري في مختصره واليه مال بعض
المشايخ ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر
القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان
كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها
بلجامها وبهذا ينطق اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي يضمنون النفحة كلهم
لان فعلها مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار معناه النفحة بالرجل
وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا التخويف بالضرب وفي الجامع الصغير
وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف
وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب
الا ان على الراكب الكفارة فيما اوطأت الدابة بيدها او برجلها ولا كفارة عليهما ولا على
الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له
فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى المحل شيء
وكذلك الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق
بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص
بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما اوطأت الدابة لان الراكب
مباشر فيه لما ذكرنا والسائق متسبب والاضافة الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما
لان كل ذلك سبب الضمان **قال** واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما
دية الآخر وقال زفر والشافعي على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر ويروى ذلك
عن علي رضي الله عنه لان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم نفسه وصاحبه
فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه
جراحة او حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهارت عليهما يجب على كل واحد منهما النصف
فكذا هذا ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق
فلا يصلح مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها
لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان

كالنايم اذا انقلب على غيره ودوي عن علي انه اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت
روايتاه فرجحنا ما ذكرناه وفيما ذكرنا من المسائل العقلاء مخطوراته فوضع الفرق
هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطا ولو كانا عبدين يهدر الدم في
الخطا لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفدا وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل المولى
فيهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعدما جنى ولم يخلف بدلا
ولو كان احدهما حرا والاخر عبدا ففي الخطا تجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فياخذها
ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لانه على اصل
محمد تجب القيمة على العاقلة لانه ضمان الادمي فقد اخلف بدلا بهذا القدر فياخذ
ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد تجب على عاقلة الحر نصف
قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر ياخذه ولي المقتول واما على
العبد فيه رقبته وهو نصف دية الحر فيسقط بموت العبد وما اخلف من البدل هو
نصف القيمة **قال** ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا
سائر ادوات كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبيب لان
الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد والاحكام فيه بخلاف الرداء لانه لا يشد في العادة
ولانه قاصد لحفظ هذه الاشيا كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل
فيتقيد بشرط السلامة **قال** ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطا فان وطي بعير انسانا
ضمن به الدية على العاقلة لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد امكنه ذلك
فقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي سبب للضمان الا ان ضمان
النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله فان كان معه سائق فالضمان عليهما لان
قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق في جانب من الابل
اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه
لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما كان قدامه
قال وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطي المربوط انسانا فقتله
فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا
وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطا ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط
لانه هو الذي اوقعهم في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتدا وكل واحد منهما
مسبب لان الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود
دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لانه امر بالقود دلالة واذا لم يعلم
لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم

ثم قادها ضمنها القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع
بما لحقه عليه **قال** ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت في فورها ضمن لان الفعل
انتقل اليه بواسطة السوق ولو ارسل طيرا وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق ان بدن
البهيمة يحتمل السوق فاعتبر سوقه وبدن الطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق
وعدمه بمنزلة وكذلك لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله الى صيد ولم
يكن له سائقا فاخذ الصيد فقتله حل ووجه الفرق ان البهيمة مختارة في فعلها ولا
تصلح نائبة عن المرسل فلا يضاف فعلها الى غيره وهذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست
في الاصطياد فاضيف الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق سواه ولا حاجة
في حق ضمان العدوان وعن ابي يوسف انه اوجب الضمان في هذا كله احتياطا لاموال الناس
قال رحمه الله وذكر في المبسوط اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها
فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة
او يسرة انقطع الارسال الا اذا لم يكن له طريق اخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت
بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت فاخذ الصيد لان تلك الوقفة
تحقق مقصود المرسل لانها لتمكنها من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل وهو السير
فينقطع حكم الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره
لا يضمنه من ارسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق تعدي فيضمن
ما تولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب الا بوصف التعدي ولو
ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فورها ضمن المرسل وان مالت يمينا او شمالا وله طريق اخر
لا يضمن لما مر وان انفلتت الدابة فاصابت مالا او ادميا ليلا او نهارا لا ضمان
على صاحبها لقوله عليه السلام جرح العجماء جبار وقال محمد هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه
لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته **قال** شاة لقصاب فقئت
عينها ففيها ما نقصها لان المقصود منها اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار
وجزوره ربع القيمة وكذا في عين البغل والحمار والفرس وقال الشافعي فيه النقصان
ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا
قضى عمر ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل فمن هذا
الوجه تشبه الادمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا
بالشبهين بشبه الادمي في ايجاب الربع وبالشبه الاخر في نفي النصف ولانه انما يمكن اقامة
العمل بها باربعة اعين عيناها وعينا المستعمل فكانها ذات اعين اربعة فيجب الربع
بفوات احديها **قال** ومن سار على دابة فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته

بيدها او نفرت من ضربه فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي
عن عمر وابن مسعود ولان الراكب والمركوب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف فعل الدابة
اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في تسبيبه والراكب غير متعد فيترجح جانبه
في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس
نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة
الجاني على نفسه وان القت الراكب فقتلته كان ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسبيبه
وفيه الدية على العاقلة ولو وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كان ذلك
على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف في ملكه والذي يسير في ذلك سواء
وعن ابي يوسف انه يجب الضمان على الناخس والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل
الراكب ووطء الدابة والثاني مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن
الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحتها لانه امره بما يملكه
اذ النخس في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر ولو وطئت رجلا في سيرها
وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت في فورها الذي نخسها
لان سيرها في تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناوله لفعله من حيث السوق ولا يتناوله
من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطء
فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط او علة للسير والسير علة للوطء وبهذا
لا يترجح صاحب العلة كمن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره على قارعة الطريق
ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط في علة الهلاك دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل
يرجع الناخس على الراكب بما ضمن في الايطاء لانه فعل بامره وقيل لا يرجع وهو
الاصح فيما اراه لانه بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك
على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة الصبي لانهم لا يرجعون
على الآمر لانه امره بالتسيير والايطاء منفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به
آخر حتى ضمن لا يرجع على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس
حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب لانقطاع
اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال ومن قاد دابة فنخسها رجل
فانفلتت من يد القائد فاصابت في فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان سائقا
فنخسها غيره لانه مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته وان كان
صبيا ففي ماله لانهما مؤاخذان بافعالهما ولو نخسها بشيء منصوب في الطريق
فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء لانه متعد بشغل

بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله والله تعالى اعلم بالصواب

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه وقال الشافعي
جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني
بعد العتق والمسألة مختلفة بين الصحابة له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب
على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان العقل
عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فيجب في ذمته كما في الدين ويتعلق برقبته
ويباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل في الجناية على الادمي حالة
الخطأ ان تتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه
حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد
يستنصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف الذمي
لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فيجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف
الجناية على المال لان العواقل كيلا يستاصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع
في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان له
حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني الحر لان الواجب لا يتعلق به
بالجاني الحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر **قال** فان دفعه ملكه
ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه حالا اما الدفع فلان التاجيل
في الاعيان باطل وعند اختياره الواجب عينه واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد
في الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه
فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية غيره
اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما الفداء
فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له فان لم يختر شيئا حتى
مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما بيناه وان مات بعدما اختار
الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد الى ذمة المولى **قال** فان عاد فجنى كان
حكم الجناية الثانية حكم الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء
جعل كان لم يكن وهذا ابتداء جناية **قال** وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان تدفعه
الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحد منهما
لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة الا يرى
ان ملك المولى لا يمنع تعلق الجناية به فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى

ولا على قدر حقيهما على مقدار ارش جنايتهما وان كانوا جماعة يقسم العبد المدفوع
على قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع ارشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وفقأ عين آخر
يقسمان اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى هذا حكم الشجاج وللمولى
ان يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق
مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان
لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية
المتحدة والحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها
قال وان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان
اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان في الوجه الاول فوت حقه فيضمنه
وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار بدون العلم وفي الثاني
صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين
الوجهين البيع والهبة والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع وكل ذلك
لزوال الملك به بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية
فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان يكون الامر كما قال المقر
والحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه
البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف و
البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع
ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا
حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل
فيصير بنفسه مختارا ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه لان
المستحق اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه
بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المأمور مضاف اليه ولو ضربه
فنقصه فهو مختار اذا كان عالما بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها
وان لم يكن معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطئ الثيب
على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يختص
بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن في الاظهر
وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص
الرقبة الا ان لولي الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم
المولى قيمته قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر

فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر لا يصير مختارا لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له
بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا يرى انه لو علق الطلاق
او العتاق بالشرط ثم حلف لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق
لا يحنث في يمينه تلك كذا هذا ولنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل
عند وجود الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية الا يرى ان من قال لامرأته
ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها
اذا مرضت فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض كان فارا لانه يصير مطلقا
بعد وجود المرض بخلاف ما اورده لان غرضه طلاق او عتاق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين
للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق
اقوى الدواعي اليه والظاهر انه يفعله فهذا دلالة الاختيار قال واذا قطع العبد
يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح
بالجناية وان لم يعتقه رده على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه
ووجه ذلك وهو انه اذا سرى ولم يعتقه تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان
عن المال لان اطراف العبيد لا يجري القصاص بينها وبين اطراف الحر فاذا سرى تبين
ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا بغير بدل
فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بحرمتها
عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه لانه اقدم على الاعتاق يقصد تصحيح الصلح
لان الظاهر ان من اقدم على تصرف يقصد تصحيحه ولا صحة له الا ان يجعل
صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه ورضي المولى به يصح وقد دل
الدليل على الرضا في هذه لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل يكون ارضى بكونه
عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتق لم يوجد
الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على
خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح
القاطع المقطوعة يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك
قال فالعبد صلح بالجناية الى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما
اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنالك وهاهنا
قال يجب وقال بعض المشايخ ما ذكر هاهنا جواب القياس فيكون الوضعان جميعا على
القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق
كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما بقي

موجودة حقيقة فيكفي لمنع وجوب القصاص أما ههنا القصاص لا يبطل الجناية بل يقررها
حيث صالح عنها على مال فإذا لم تبطل الجناية لم يمتنع العقوبة هذا إذا لم يعتقه أما
إذا أعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل قال وإذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه ألف
درهم فأعتقه المولى وهو لم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لأولياء
الجناية لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع للأولياء
والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بينهما إيفاء الحقين من الرقبة الواحدة
بأن يدفع إلى ولي الجناية ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالإتلاف بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي
حيث تجب قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى إلى الغرماء لأن الأجنبي إنما يضمن
للمولى بحكم الملك فلا يظهر بمقابلته الحقان لأنه دونه وههنا يجب لكل منهما بإتلاف الحق
فلا ترجيح فيظهر فيضمنهما قال وإذا استدانت الأمة المأذون لها أكثر من قيمتها ثم ولدت فإنه
يباع الولد معها في الدين وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق أن الدين
وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء فيسري إلى الولد كولد المرهونة
بخلاف الجناية لأن وجوب الدفع في ذمة المولى لا في ذمتها وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي
وهو الدفع والسراية في الأوصاف الشرعية دون الأوصاف الحقيقية قال وإذا
كان العبد لرجل زعم رجل آخر أن مولاه أعتقه فقتل العبد وليًا لذلك الرجل خطأ
فلا شيء له لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وأبرأ العبد والمولى
إلا أنه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال وإذا أعتق العبد فقال لرجل قتلت أخاك
خطأ وأنا عبد وقال الآخر بل قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لأنه منكر للضمان لما أنه
أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان إذ الكلام فيما إذا عرف رقه والوجوب في جناية
العبد على المولى دفعًا أو فداء فصار كما إذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وأنا صبي
أو قال طلقت امرأتي وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفًا كان القول قوله لما ذكرنا قال
ومن أعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت قطعتها وأنا حرة
فالقول قولها وكذلك القول قولها في كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة استحسانًا
وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يضمن إلا شيئًا قائمًا بعينه يؤمر برده عليها
عليها لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة
الأولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها
ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد إليها ولهما أنه أقر
بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره فقأت
عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت فقال المقر له بل فقأتها وعينك

اليمنى مفقوءة فإن القول قول المقر له وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان
لأنه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن
بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر وكذا إذا أخذ
من غلتها وإن كانت مديونة لا يجب الضمان عليه فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية فيه
قال وإذا أمر العبد المحجور عليه صبيًا حرًا بقتل رجل فقتله على عاقلة الصبي الدية لأنه
هو القاتل حقيقة وعمده وخطؤه سواء على ما بيناه من قبل ولا شيء على الآمر وكذا إذا
كان الآمر صبيًا لأنهما لا يؤاخذان بأقوالهما لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما
اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر أبدًا ويرجعون على العبد الآمر
بعد العتق لأن عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان أهلية العبد بخلاف
الصبي لأنه قاصر الأهلية قال وكذلك إن أمر عبدًا معناه أن يكون الآمر والمأمور عبدًا
محجورًا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع أو بالفداء ولا رجوع له على الأول في الحال
ويجب أن يرجع بعد العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد لأنه غير مضطر في دفع الزيادة
وهذا إذا كان القتل خطأ وكذا إذا كان عمدًا والعبد القاتل صغيرًا لأن عمده خطأ
وأما إذا كان كبيرًا يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد قال وإذا قتل العبد رجلين عمدًا
ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين
أو يفديه بعشرة آلاف درهم لأنه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص
وانقلب مالًا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لأن حقهم في الرقبة أو في عشرين ألفًا
وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف فإن كان قتل أحدهما
عمدًا والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فإن فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفًا
خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي الخطأ لأنه لما انقلب العمد
مالًا كان حق وليي الخطأ في كل الدية عشرة آلاف وحق أحد وليي العمد في نصفها
خمسة آلاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر ألفًا وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثًا
ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه لغير العافي من وليي العمد عند أبي حنيفة وقالا يدفعه
أرباعًا ثلاثة أرباعه لوليي الخطأ وربعه لولي العمد فالقسمة عندهما بطريق
المنازعة فيسلم النصف لوليي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين
في النصف الآخر فيتنصف فلهذا يقسم أرباعًا وعنده يقسم بطريق العول
والمضاربة أثلاثًا لأن الحق تعلق بالرقبة أصله التركة المستغرقة بالديون
فيضرب هذا بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسألة نظائر وأضداد ذكرناها
في الزيادات قال وإذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى لهما يعني قريبًا لهما فعفا أحدهما

بطل الجميع عند ابي حنيفة وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الاخر او يفديه بربع
الدية وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة رحمه الله **فصل** ومن قتل عبدا
خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة الاف درهم فان كانت قيمته عشرة الاف او اكثر
قضي له بعشرة الاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة الاف
الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة
ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا فهلك في يده تجب قيمته بالغة ما بلغت
بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك العبد الا من حيث
المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا
او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة
الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الادمية ولان فيه معنى الادمية
حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والادمية اعلاهما فيجب اعتبارها باهدار الادنى
عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب باعتبار المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال
وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية
فكذا الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الادمية الا انه لا سمع فيه فقدرنا بقيمته رايا
بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة الاف ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط
رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله بن عباس **قال** وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على
خمسة الاف الا خمسة لان اليد من الادمي نصفه فتعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا
لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية
في الحر اذ هو بدل الدم على ما قررناه **قال** وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت في يده فعليه
تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية **قال** ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات
من ذلك فان كان له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه ويبطل
الفضل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند
الموت مستندا الى وقت الجرح يكون للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فيتحقق
الاشتباه فتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل
الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لاخر اذا قتل
لان ما لكل واحد منهما من الحق ثابت من وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه
ولمحمد في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان سبب الولاية قد اختلف
لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى فينزل منزلة

اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال لاخر بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها
منك لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية
بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان
المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب القول بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضي له
مجهول ولا معتبر باختلاف السبب هنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسألة لان ملك
اليمين يغاير ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق
وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون
الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته فتقضى منه ديونه وتنفذ
وصاياه فجاء الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه
وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه
فيمن له الحق واذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد يجب ارش اليد وما نقصه من وقت
الجرح الى وقت الاعتاق لما ذكرنا لانه حصل على ملكه ويبطل الفضل وعندهما الجواب
في الفصل الاول كالجواب عند محمد في الثاني ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا
فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة
تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل يجب دية الحر وقيمة
العبد والفرق ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا
للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا محضا
واحدهما حر بيقين فتجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث
يجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ولان
القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدته وانما صححناه ضرورة
صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة
وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها **قال** ومن فقأ عيني عبد فان
شاء المولى دفع العبد واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة
وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته وقال
الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه جعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي
على ملكه كما اذا قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه ونحن نقول ان المالية
قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات
قصرا عليه واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس
المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية

للمماثلة بخلاف ما إذا فقأ عيني حر لأنه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لأنه لا يقبل
الانتقال من ملك إلى ملك وفي قطع إحدى اليدين وفقء إحدى العينين لم يوجد تفويت
جنس المنفعة ولهما أن معنى المالية لما كان معتبرا وجب أن يتخير المولى على الوجه الذي
قلناه كما في سائر الأموال فإن من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا إن شاء المالك دفع
الثوب إليه وضمنه قيمته وإن شاء أمسك الثوب وضمنه النقصان وله أن المالية
وإن كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه وفي الأطراف أيضا ألا يرى
أن عبدا لو قطع يد عبد يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الآدمية
لأن موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الأولى أن لا ينقسم على الأجزاء
ولا يتملك الجثة ومن أحكام الثانية أن ينقسم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين
حظهما من الحكم

فصل في جناية المدبر وأم الولد

قال وإذا جنى المدبر وأم الولد
جناية ضمن المولى الأقل من قيمته ومن أرشها لما روي عن أبي عبيدة أنه قضى بجناية
المدبر على مولاه ولأنه صار مانعا تسليمه في الجناية بالتدبير والاستيلاد من غير
اختياره الفداء فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وإنما يجب الأقل
من قيمته ومن الأرش لأنه لا حق لولي الجناية في الأكثر من الأرش ولا منع من المولى
في الأكثر من القيمة ولا تخيير بين الأقل والأكثر لأنه لا يفيد في جنس واحد لاختياره
الأقل لا محالة بخلاف القن لأن الرغبات صادقة في الأعيان فيفيد التخيير بين الدفع
والفداء وجنايات المدبر وإن توالت لا توجب إلا قيمة واحدة لأنه لا منع منه إلا
في رقبة واحدة ولأن دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك و
يتضاربون بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لأن المنع
في هذا الوقت يتحقق **قال** فإن جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة
إلى الأولى بقضاء فلا شيء عليه لأنه مجبور على الدفع وإن كان المولى دفع
القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار إن شاء اتبع المولى وإن شاء اتبع ولي الجناية وهذا
عند أبي حنيفة وقالا لا شيء على المولى لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة
فقد دفع كل الحق إلى مستحقه وصار كما إذا دفع بالقضاء ولأبي حنيفة أن المولى
جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعا وولي الأولى ضامن بقبض حقه ظلما
فيتخير وهذا لأن الثانية مقارنة حكما من وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى
ومتأخرة حكما من حيث إنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة
في حق التضمين لإبطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين
وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة لأن الضمان إنما

إنما وجب عليه بالمنع فصار وجود الإعتاق بعد وعدمه بمنزلة وأم الولد بمنزلة المدبر
في جميع ما وصفنا لأن الاستيلاد مانع من الدفع كالتدبير وإذا أقر المدبر بجناية لم يجز
إقراره ولا يلزمه شيء عتق أو لم يعتق لأن موجب جناية الخطأ على سيده
وإقراره به لا ينفذ على سيده والله تعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته أقطع وإن كان
المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب فلا شيء عليه والفرق أن
الغصب قاطع للسراية لأنه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته
أقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى
متلفا فيصير مستردا كيف وأنه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ الغاصب عن الضمان
قال وإذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لأن المحجور عليه مؤاخذ
بأفعاله **قال** ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فعلى
المولى قيمته بينهما نصفان لأن المولى بالتدبير السابق أعجز نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختارا
للفداء فيصير مبطلا حق أولياء الجناية إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزاد على
قيمتها وتكون بين وليي الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب **قال** ويرجع المولى بنصف
قيمته على الغاصب لأنه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما إذا استحق
نصف العبد بهذا السبب **قال** ويدفعه إلى ولي الجناية الأولى ثم يرجع بذلك على الغاصب
وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد يرجع بنصف قيمته فيسلم له لأن الذي يرجع
المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع
البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق ولهما أن حق الأول في جميع القيمة
لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني فإذا وجد شيئا من بدل
العبد في يد المالك فارغا يأخذه ليتم حقه فإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه على الغاصب
لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب **قال** وإن كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى في يده
عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا
في الفصل الأول غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية إذ هي كانت في يد الغاصب
فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالإجماع بخلاف الفصل
الأول ثم وضع المسألة في العبد فقال ومن غصب عبدا فجنى في يده ثم رده فجنى جناية أخرى
فإن المولى يدفعه إلى وليي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه إلى الأول
ويرجع به على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد يرجع بنصف القيمة

فيسلم اليه وان جنى عند المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف القيمة
فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا الا في هذا
الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة **قال** ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية
ثم رده على المولى ثم غصبه فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لانه منع رقبة
واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب لان الجنايتين كانتا
في يد الغاصب فيدفع نصفها الى الاول لانه استحق كل القيمة لان عند وجود الجناية
عليه لا حق لغيره وانما انتقص بحكم المزاحمة من بعد **قال** ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق
بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه
لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قيل هذه المسئلة على
الاختلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد وهو ان في الاول الذي يرجع به عين
ما سلم لولي الجناية الاولى لان الجناية الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق
اما في هذه المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا
يؤدي الى ما ذكرنا **قال** ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجاءة او بحمى فليس عليه شيء
وان مات من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان والقياس
ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان الغصب في الحر لا يتحقق الا يرى انه
لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان
انه لا يضمن بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة
او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه
فهو متعد فيه وقد ازال حفظ الولي فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة
اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجاءة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف
الاماكن حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول بانه يضمن فتجب الدية على العاقلة
لكونه قتلا تسبيبا **قال** واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما
فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين وعلى هذا
اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة ومحمد
ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي يؤاخذ في الحال وعلى هذا الخلاف
الاقراض والاعارة في الصبي والعبد وقال محمد في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل
وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي ابن ثنتي عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل
يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر ولهما انه اتلف مالا متقوما معصوما
حقا للمالك فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي
المودع ولابي حنيفة ومحمد انه اتلف مالا غير معصوم فلا يؤاخذ بالضمان كما اذا اتلفه باذنه
ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد مانعة
فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة هاهنا لانه لا ولاية
له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ والماذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف
ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف
ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي دون
غيره **قال** وان استهلك مالا ضمن يريد به من غير ايداع لانه يؤاخذ بافعاله وصحة القصد
لا معتبر بها في حقوق العباد والله اعلم

باب القسامة

قال واذا وجد القتيل في محلة ولا يعلم
من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال
الشافعي اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه
عمدا كانت الدعوى او خطا وقال مالك يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في القتل عمدا
وهو احد قولي الشافعي واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او
ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه
وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي
فان حلفوا لا دية عليهم للشافعي في البداية بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء فيقسم منكم
خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد
فاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدا بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول
غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فلهذا وجبت
الدية ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه وروى ابن المسيب ان
النبي عليه السلام بدا باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين
حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال
المبتذل فاولى ان لا يستحق به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار
تعيينهم الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل او صالحي
اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين
النكول فان كانوا لا يباشرون ويعلمون تفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما تفيد
يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف جاز لانه يمين وليس بشهادة **قال**
واذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي لا تجب الدية
لقوله عليه السلام في حديث عبد الله بن سهل تبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهد في الشرع مبرئا
للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولنا ان النبي عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث ابن سهل

وفي حديث زياد بن ابي مريم وكذلك جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله عليه السلام تبرئكم اليهود محمول على
الابراء عن القصاص والحبس وكذا اليمين مبرئة عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية
اذا نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا بالقتل فاذا حلفوا حصلت
البراءة عن القصاص ثم تجب الدية بالقتل الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم
او وجبت بتقصيرهم في المحافظة على ما عرف في القتل الخطأ ومن ابى منهم اليمين حبس حتى
يحلف لان اليمين مستحق فيه لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف
النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل حقه ولهذا سقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط
ببذل الدية هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض
لا باعيانهم والدعوى بالعمد والخطأ سواء لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض
باعيانهم انهم قتلوه وليه عمدا او خطأ فكذلك الجواب يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب وهكذا
الجواب في المبسوط وعن ابي يوسف في غير رواية الاصول ان في القياس تسقط القسامة
والدية عن الباقين من اهل المحلة ويقال للولي الك بينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا
واحدة ووجهه قوله ان القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص اذا
كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم والمدعي يدعي القتل عليهم فيما وراءه يبقى على اصل القياس
وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على اهل المحلة
لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فنوجبه بالنص لا بالقياس بخلاف ما اذا
ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو اوجبناها اوجبناها بالقياس وهو ممتنع
ثم حكم ذلك ان يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم تكن استحلف يمينا واحدة لانه ليس
بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل والدعوى في المال ثبت
وان كان في القصاص فهو على اختلاف قد مضى في كتاب الدعوى **قال** وان لم يكمل اهل المحلة
كررت الايمان عليهم حتى تتم خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى اليه
تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح
والنخعي مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف
على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولي
ان يكرر على احدهم فليس له ذلك لانه لا مصير الى التكرار ضرورة الاكمال **قال** ولا قسامة على صبي
ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول **قال** ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا
من اهل النصرة واليمين على اهلها **قال** وان وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل
اذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره حي وهذا ميت حتف انفه والغرامة
تتبع فعل العبد والقسامة تتبع احتمال القتل ثم يجب عليه القسم فلا بد ان يكون به اثر
يستدل به

يستدل به على كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم
من عينه او اذنه لانه لا يخرج منها الا بالفعل من جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره
او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارج عادة بغير فعل وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن
القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الرأس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية
وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الرأس او وجد يده او رجله
او رأسه فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما
للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به فلا تجري فيه القسامة ولانا لو اعتبرناه تتكرر
القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان
بحال لو وجد الباقي تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه
القسامة تجب في الموجود والمعنى ما اشرنا اليه وصلاة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الاصل
لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه
لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان
الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا
قال واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لانه في يده
فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها فان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم
فصار كما اذا وجد في دارهم **قال** وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما
لما روي ان النبي عليه السلام اتي بقتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رضي الله عنه انه كتب في القتيل الذي
وجد بين وادعة وارحب ان يقيس بين القريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب
فقضى عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت لانه اذا كان بهذه
الصفة يلحقه الغوث فتمكنهم النصرة وقد قصروا **قال** وان وجد القتيل في دار انسان
فالقسامة عليه لان الدار في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم **قال** ولا يدخل
السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة وهو قول محمد وقال ابو يوسف هو عليهم جميعا
لان ولاية التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك الا يرى ان النبي عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود
وان كانوا سكانا بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان سكنى
الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل
خيبر فالنبي عليه السلام اقرهم على املاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج **قال** وهو على اهل الخطة
دون المشترين وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف الكل مشتركون لان الضمان
انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية
باعتبار الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو

هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة بنى ذلك
على ما شاهد بالكوفة **قال** وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما بينا وان لم يبق واحد
منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم
او يزاحمهم وان وجد القتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في
القسامة ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار تكرر عليه الايمان وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره
فيها كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم
صاحب الدار فيشاركونه في القسامة **قال** وان وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل
وعشرها لرجل ولاخر ما بقي فهو على رؤوس الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير
في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على رؤوسهم بمنزلة الشفعة
قال ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع وان كان
في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان لم يكن
فيه خيار فعلى عاقلة المشتري وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي يصير له لانه انما
انزل قاتلا باعتبار التقصير في الحفظ فلا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية
تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك
للمشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك
كما في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا يرى انه يقتدر على
الحفظ باليد دون الملك ولا يقتدر بالملك دون اليد وفي البات اليد للبائع قبل
القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات ولو كان المبيع في يد
المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون
عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ **قال** ومن كان في يده
دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى يشهدوا انها للذي في يده لانه لا بد
من الملك لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة
فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار المشفوعة
فلا بد من اقامة البينة **قال** وان وجد القتيل في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب
والملاحين لانها في ايديهم واللفظ يشمل اربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها
وعلى السكان وكذا على من يمدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا العجلة وهذا
على ما روي عن ابي يوسف ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل وتحول فيعتبر فيها اليد
دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانهما لا تنقلان **قال** وان وجد في مسجد محلة

فالقسامة على اهلها لان التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم
فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه لجماعة المسلمين لا يختص به واحد منهم وكذلك
الجسور العامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق ان كان مملوكا
فعند ابي يوسف يجب على السكان وعندهما على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي
بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال
وعلى قول ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير اليهم
والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون
فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان
غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلفة
فيها بين ابي حنيفة وابي يوسف **قال** وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر وتفسير
القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف
بالتقصير وهذا اذا لم تكن مملوكة لاحد فان كانت فالقسامة والدية على عاقلته وان وجد
بين قريتين كان على اقربهما وقد بيناه **قال** وان وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر
لانه ليس في يد احد ولا ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك
المكان على التفسير الذي تقدم لانه اخص بنصرة هذا الموضع فهو كالموضوع على الشط
والشط في يد من هو بقرب منه الا ترى انهم يستقون منه الماء ويوردون دوابهم
فيها بخلاف النهر الذي يستحق به الشفعة لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه فتكون
الدية والقسامة عليهم **قال** واذا ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه لم تسقط
القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا القياس والاستحسان فيه وان ادعى على واحد
من غيرهم سقط عنهم والفرق ما بيناه من قبل واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل
فهو على اهل المحلة لان القتيل بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء على اولئك
او على رجل منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل
المحلة عن القسامة **قال** ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان بمجرد الدعوى لا يثبت
الحق للحديث الذي روينا وانما يسقط به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه
ولو وجد القتيل في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في
خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارج الفسطاط فعلى
اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان كان القوم لقوا قتالا ووجد
قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وان لم
يلقوا عدوا فعلى ما بينا وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان فيجب على المالك

عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وقد ذكرنا **قال** واذا قال المستحلف قتله فلان
استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة عن نفسه بقوله
فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه
فيحلف عليه **قال** واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتله لم تقبل شهادتهما وهذا
عند ابي حنيفة وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي
القتل على غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم
قاتلين للتقصير في الصيانة فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج
من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد **قال** وعلى هذا الاصل هذه تخرج كثير من المسائل من هذا ولو ادعى
على واحد من اهل المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة قائمة
مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما وعن ابي يوسف ان المشهود يحلفون بالله
ما قتلنا ولا عرفنا له قاتلا غير فلان لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل **قال** ومن جرح في قبيلة
فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية على
القبيلة وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة لان الذي حصل في
القبيلة او المحلة دون النفس ولا قسامة فيه فصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان
الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش اضيف اليه
وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو ان رجلا معه جريح به رمق
حمله انسان الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله عند ابي يوسف وفي
قياس قول ابي حنيفة يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها
وقد ذكرنا وجه القولين فيما تقدم من مسألة القتيل ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه
فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة وقالا لا شيء فيه لان الدار في يده حين
وجود الجرح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة انما تجب بناء على ظهور
القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على
عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال ظهور قتله بقيت الدار على
ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين كانا في بيت ليس معهما
ثالث وجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف يضمن الآخر الدية بالشك ولابي يوسف
ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما اذا وجد قتيل في محلة ولو وجد
قتيل في قرية لامرأة فعند ابي حنيفة ومحمد القسامة عليها تكرر عليها الايمان والدية على
عاقلتها اقرب القبائل اليها في النسب وقال ابو يوسف القسامة على العاقلة ايضا لان
القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة والمرأة ليست من اهل النصرة فاشبهت الصبي ولهما

ان القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال المتأخرون ان المرأة تدخل
مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة لانا انزلناها قاتلة والقاتل يشارك العاقلة ولو وجد
رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحب الارض لانه احق
بنصرة ارضه من اهل القرية ولو ادعى الولي القتل على رجل من اهل المحلة بعينه فالقسامة والدية
على العاقلة لان القسامة والدية انما وجب على اهل المحلة بانزالهم منزلة القاتلين والله تعالى اعلم

باب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل الدماء من ان تسفك اي تمسك
والدية في شبه العمد والخطأ وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين يعقلون
يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناها في الديات والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام
في حديث حمل بن مالك للاولياء قوموا فدوه ولان النفس محترمة ولا وجه الى الاهدار والخاطئ معذور
وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا الى الآلة ولا وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال
عظيم اجحافه واستئصاله فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف انما خصوا
بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم المقصرين في
تركهم مراقبته فخصوا به **قال** والعاقلة اهل الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ
من عطاياهم في ثلث سنين واهل الديوان اهل الرايات وهم الجيش الذين كتب اساميهم
في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي الدية على اهل العشيرة لانه كان كذلك على عهد النبي عليه السلام
ولا نسخ بعده ولانه صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر فانه لما دون الدواوين
جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ
بل هو تقرير معنى لان العقل كان على اهل النصرة وقد كان بانواع من القرابة والحلف والولاء
والعد وفي عهد عمر قد صارت بالديوان فجعلها على اهل الديوان اتباعا للمعنى ولهذا قالوا
لو كان اليوم قوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية
صلة كما قال الشافعي لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول اموالهم والتقدير بثلث
سنين مروي عن النبي عليه السلام ومحكي عن عمر ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج
في كل سنة مرة واحدة **قال** فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها لحصول
المقصود وتأويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت
في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء
على ما نبينه ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معناه في المستقبل
يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلث سنين فكل ثلث منها في سنة
واحدة وان كان الواجب بالعقل ثلث دية النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث

الى تمام الثلثين في السنة الثالثة وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب
على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو من ماله في ثلث سنين وقال الشافعي
ما وجب على القاتل في ماله فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض
ولنا ان القياس يابى والشرع ورد مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل عشرة رجلا خطاء فعلى كل واحد
عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلث سنين
من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحويل الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداؤها
من وقته كما في ولد المغرور قال فان لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي
المعتبرة في العاقل وتقسم عليهم في ثلث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة
وتنقص منها قال رض كذا ذكره القدوري في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد على اربعة
من جميع الدية وقد نص محمد على انه لا يزاد كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين على ثلثة
او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم او درهم وثلث درهم وهو الاصح
قال فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم اقرب القبائل معنى نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف
ويضم الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الاباء
والابناء قيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد
اكثر من ثلثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون
وعلى هذا حكم اهل الرايات اذا لم يتسع لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة
اذا حزبهم امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به هذا كله
عندنا وعند الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار فيستوي بين الكل لانه صلة فيعتبر
بالزكوة وادناها ذلك لان خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هو احط
رتبة منها الا ترى انه لا يؤخذ من اصل المال فينتقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف
ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين
في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما صلة
من بيت المال ثم ينظر ان كانت تخرج ارزاقهم في كل سنة فكما خرج رزق يؤخذ منه الثلث
بمنزلة العطايا وان كانت تخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية
وان كانت تخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون المستوفى في كل
سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر
وان كانت لهم ارزاق في كل شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون
الارزاق لانه ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر عليهم
قال ويدخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم لانه هو الفاعل فلا وجه

فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال الشافعي لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا
للجزء بالكل في النفي عنه والجامع كونه معذورا ولنا ان ايجاب الكل اجحاف به ولا كذلك
ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء عنه اولى قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى
قال وليس على النساء والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل لقول عمر رض لا يعقل مع
العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا
يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية
وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء
من الدية على القاتل باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما
والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي عم ولا يعقل اهل مصر
عن اهل مصر اخر يريد به اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان
عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر اخر
ويعقل اهل كل مصر عن اهل سوادهم لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم امر استنصروا
بهم فيعقلهم اهل المصر باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة
وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل
ان الاستنصار بالديوان اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء
وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بينا وعلى هذا يخرج كثير
من صور مسائل المعاقل ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل
البادية اقرب اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط ان يكون
بينه وبين اهل الديوان قرابة وقيل هو صحيح لان الذين يذبون عن اهل المصر ويقومون
بنصرتهم اهل الديوان اهل المصر ولا يخصون به اهل العطاء وقيل تاويله اذا كان
قرابته منهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه من اهل المصر
وهذا لان الوجوب بحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت القدرة على
النصرة لهم وصار نظير مسالة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر
لا مسكن له لا يعقله اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما
ان اهل البادية لا يعقلون عن اهل المصر النازل فيهم لانه لا يستنصر بهم فان كان
لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة
المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن
الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم تكن لهم عاقلة معروفة فالدية
في ماله في ثلث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا ان الوجوب

على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت فاذا لم توجد بقي عليه بمنزلة تاجرين مسلمين
في دار الحرب قتل احدهما صاحبه يقضي بالدية في ماله لان اهل دار الاسلام لا يعقلون عنه وتمكنه
من هذا القتل ليس بنصرتهم قال ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر
والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا
اذا لم تكن المعاداة فيما بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي
ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من اهل
الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته
من اهل البصرة وقال زفر يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف رح
لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وصار كما اذا تحول بعد القضاء
ولنا ان المال انما يجب عند القضاء لما ذكرنا ان الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا
الوجوب على القاتل وتتحمل عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء
بخلاف ما بعد القضاء لان الواجب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة
القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف
ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان
في النقل ابطال الحكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم
فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له
عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي على اهل البصرة بالدية ولو كان قضي
بها على اهل الكوفة لم تنتقل عنهم وكذا البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل
القضاء يقضي بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية ولا يتحول
عنهم بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلث سنين
ثم جعلهم الامام في العطاء حيث تصير الدية في اعطياتهم وان كان قضي بها اول مرة
في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضي بها في اموالهم واعطياتهم اموالهم
غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا صاروا من اهل العطاء
الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي به عليهم بان كان القضاء بالابل والعطاء
دراهم فحينئذ لا يتحول الى الدراهم ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى
من ذلك من مال العطاء لانه ايسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة
بهم ويؤيد ذلك قوله عم مولى القوم منهم ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته
لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي وقد مر
في الولاء قال ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا

فصاعدا والاصل فيه حديث ابن عباس رض موقوفا عليه ومرفوعا الى النبي عم لا تعقل العواقل
عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل
النفس ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير الفاصل
عرف بالسمع قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير
فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي او التسوية في ان لا يجب شيء على العاقلة الا
انا تركناه لما رويناه وبما روي انه عم اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر
بدل النفس على ما مر في الديات وما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم كما يجب
ضمان المال بالتقويم ولهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس قال ولا تعقل العاقلة جناية
العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف الجاني لما رويناه ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار
والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور الولاية عنهم قال الا ان يصدقوه لانه يثبت بتصادقهم
والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم قال ومن اقر بقتل خطأ ولم يرفعوه
الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلث سنين من يوم يقضى لان
التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى ولو تصادق
القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة و
كذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله
لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف
الاول الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه
وفي حق العاقلة مقر عليهم قال واذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كانت على عاقلته
لانه بدل النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي يجب في ماله لانه بدل المال
ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس من العبد لا تتحمله العاقلة لانه يسلك به
مسلك الاموال عندنا على ما عرف وفي احد قوليه تتحمله كما في الحر وقد مر من قبل قال اصحابنا ان
القاتل اذا لم تكن له عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وليس
بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا لو مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة
يلزم بيت المال وعن ابي حنيفة رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل ان تجب
الدية على الجاني وهو القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة تتحملها تحقيقا
للتخفيف على ما مر فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة
امه لان نسبه ثابت منها دون الاب فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت
على عاقلة الاب في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه
تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب

حيث جعل القصاص بالكتاب ومعنى ظهر من الاصل فقوم الام تحملوا امانة واجبا على قوم
الاب من غير رجوع عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذلك اذا مات المكاتب عن وفاء وله
ولد حر مسلم فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لانه حينئذ
يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو آخر جزء من اجزاء حياته فترجع
قوم الام بما عقلوا عنهم من غير رجوع عليهم وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت
عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان
ثبت باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الامر وعلى عاقلته لان
الدية تجب مؤجلة مطلوب التيسير والله اعلم وهنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة
والاصل الذي يخرج عليها ان حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب
حادث لم ينتقل جنايته عن الاول قضى بها او لم يقض وان ظهرت حالة خفية مثل دعوة
ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخر وقع القضاء بها او لم يقع ولو لم يختلف حال
الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء فان كان قضي بها على
الاولى لم ينتقل الى الثانية وان لم يكن قضي بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية
واذا كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء
وبعده الا فيما سبق اداؤه فمن احكم هذا الاصل متأملا امكنه التخريج فيما ورد عليه من النظائر والله اعلم

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه تمليك مضاف الى حال
زوال مالكيته ولو اضافه الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى
الا انا استحسناه لحاجة الناس اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر في عمله فاذا
عرض له المرض وخاف الموت يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه
لو مضى فيه يتحقق مقصوده المآلي ولو انهضه البرء يصرفه الى مطلبه الحالي وفي
شرع الوصية ذلك فشرعناه ومثله في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت
باعتبار الحاجة في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله تعالى
من بعد وصية يوصي بها او دين والسنة وهو قوله عليه السلام ان الله تعالى تصدق عليكم
بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم تضعونها حيث شئتم او قال حيث
احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما تلونا
وسنبين ما هو الافضل فيه ان شاء الله تعالى قال ولا يجوز بما زاد على الثلث لقوله عليه السلام
في حديث سعد بن ابي وقاص الثلث والثلث كثير بعدما نفى وصيته بالكل
والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عنه

عن المال فاوجب تعلق حقهم به الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث
ليتدارك تقصيره على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به
عليهم تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية
من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث قال الا ان يجيزه
الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم
في حال حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته
بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا عنه لان الساقط متلاشي
غاية الامر انه يستند عند الاجازة لكن الاستناد يظهر في حق القائم وهذا قد مضى
وتلاشى ولان الحقيقة تثبت عند الموت وقبله تثبت بجهة الحق فلو استند من كل وجه
ينقلب حقيقة قبله والرضا ببطلان الحق لا يكون رضا ببطلان الحقيقة وكذلك اذا
كانت الوصية للوارث واجازه البقية فحكمه ما ذكرنا وكل ما جاز باجازة الوارث
يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا
لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس من شرطه القبض وصار كما
اذا اجاز المرتهن بيع الراهن قال ولا يجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا
لقوله عليه السلام لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله فيحرم الوصية كما يحرم الميراث
وقال الشافعي يجوز للقاتل وعلى هذا اذا اوصى لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل
الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه ولو اجازتها الورثة
جاز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها
ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث ولانهم
لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال ولا يجوز للوارث لقوله عليه السلام ان الله
تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا لا وصية لوارث ولانه يتأذى البعض بايثار البعض
ففي تجويزها قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا
او غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت وحكمه
يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث في هذا نظير الوصية لانه وصية حكما
حتى تنفذ من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر
ذلك وقت الاقرار قال الا ان يجيزه الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه
ولان الامتناع لحقهم فيجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض يجوز على المجيز
بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر
والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين

الدية والثاني انهم بعقد الذمة ساووا المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين
في حالة الحيوة وذكر ابو الكرام في الجامع الصغير والوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى
انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها
الموصى له في حال حيوة الموصي او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به
فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث سواء كانت
الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث
لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا
ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب قال عم
افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء والقرابة جميعا وان كانوا
اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة
من القريب والاولى اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال
كل واحد منهما على فضيلة وهي الصدقة او الصلة فيتخير بين الخيرين قال والموصى به
يملك بالقبول خلافا لزفر وهو احد قولي الشافعي هو يقول ان الوصية اخت الميراث
اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال ثم الارث يثبت من غير قبول فكذا الوصية ولنا ان الوصية
اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب ولا يملك احد اثبات
الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة خلافة حتى يثبت فيها هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير
قبول قال الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل
الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على
القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب
الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما توقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه
كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين
محيط بماله لم تجز الوصية لان الدين يقدم على الوصية لانه اهم الحاجتين فانه فرض
والوصية تبرع وابدا يبدأ بالاهم فالاهم الا ان يبرئه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ
الوصية على الحد المشروع لحاجته اليها قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي تصح
اذا كان في وجوه الخير لان عمر اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه
نظر له بصرفه الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم ينفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي
ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالالزام قوله والاثر محمول
على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت وصيته في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز
عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر

النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق فانه لا يملكه
ولا وصية وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال وكذلك اذا اوصى ثم مات بعد الادراك
لعدم الاهلية وقت المباشرة وكذا اذا قال اذا ادركت فثلث مالي لفلان وصية لقصور اهليته
فلا يملكه تنجيزا او تعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب لان اهليتهما مستتمة
والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال سقوطه قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك
وفاء لان ماله لا يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة لا تصح وعندهما تصح وردها
الى ما اذا قال كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف
عرف في موضعه قال ويجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت
الوصية اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض ماله
والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه يرتد بالرد لما فيه من معنى
التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه ليملكه شيئا واما الثاني
فلانه بعرض الوجود اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة
الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى قال
ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول
الحمل لفظا ولكنه يستحق بالاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه
يصح افراد الحمل بالوصية فجاز استثناؤه وهذا هو الاصل ان ما يصح افراده بالعقد
يصح استثناؤه منه اذ لا فرق بينهما وما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه
وقد مر في البيوع قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع
فيه كالهبة وقد حققناه في الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح
ابطاله قبل القبول كما في البيع واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل على الرجوع كان
رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله
قد ابطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو
فعله الانسان في ملك الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عددنا
هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن تسليم
العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بسمن والدار يبني فيها الموصي
والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها والظهارة يظهر بها لانه لا يمكنه تسليمه بدون
الزيادة ولا يمكن نقضها لانه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار
الموصى بها وهدم بنائها لانه تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو
رجوع كما اذا باع العين الموصى به ثم اشتراه او وهبه ثم رجع فيه لان الوصية

لا تنقطع الا في حكمه فاذا اراد التمليك كان رجوعاً وذبح الشاة الموصى بها رجوع لانه للصرف الى حاجته
عادة فصار هذا المعنى اصلا وايضاً وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعاً لان من اراد
ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان مقرراً **قال** ومن جحد الوصية لم يكن رجوعاً كذا
ذكره محمد وقال ابو يوسف يكون رجوعاً لان الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي
والحال فاولى ان يكون رجوعاً ولمحمد ان الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة
ذلك واذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً او لان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال
والجحود نفي في الماضي والحال فلا يكون رجوعاً حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة
ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام وربوا لا يكون رجوعاً لان الوصف يستدعي
بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال اخرتها لا يكون
رجوعاً لان التاخير ليس للسقوط كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو
قال العبد الذي اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعاً لان اللفظ يدل على قطع الشركة
بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا
اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعاً عن الاول لما بينا ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا
حكمه ولو كان فلان الآخر ميتاً حين اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى
انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم يتحقق فيبقى للاول ولو كان فلان حين قال ذلك حياً
ثم مات قبل موت الموصي فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله اعلم

باب الوصية بثلث المال

ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث
عن حقهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق
فيتساويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان اوصى لاحدهما بالثلث
ولآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثاً لان كل واحد منهما يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث
عن حقيهما فيقتسمانه على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل الاقل سهماً والاكثر سهمين فصار ثلثة
اسهم لصاحب الاقل سهم وسهمان لصاحب الاكثر **قال** وان اوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث
ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة اسهم عندهما وقال ابو حنيفة الثلث بينهما
نصفان ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية
والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل
وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها
وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها
بحال فتبطل اصلاً والتفضيل يثبت في ضمن الاستحقاق فتبطل ببطلانه كالمحاباة الثابتة

الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذاً في الجملة بدون اجازة الورثة
بان كان في المال سعة فيعتبر في التفاضل لكونه مشروعاً في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا
بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته قيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل
ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك
واستفاد مالاً آخر تبطل الوصية وفي الدراهم المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد
فلم يكن متعلقاً بعين ما تعلق به حق الورثة **قال** وان اوصى بنصيب ابنه فالوصية باطلة
وان اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال الغير لان نصيب الابن ما يصيبه
بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به
فيجوز وقال زفر في الاول ايضاً نظراً الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا **قال**
وان اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص من السدس فيتم له السدس
ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة وقالا له مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث
الا ان يجيزه الورثة لان السهم يراد به احد سهام الورثة عرفاً لا سيما في الوصية والاقل
متيقن به فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة
الورثة وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رض وقد رفعه الى النبي عم
فيما روي ولانه يذكر ويراد به السدس فان اياساً قال السهم في اللغة عبارة عن السدس
ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى الاقل منهما قالوا هذا في عرفهم وفي عرفنا السهم
كالجزء **قال** ومن اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول
القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم
البيان **قال** ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث
مالي فاجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم
قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس واحد لان السدس ذكر معرفاً
بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول هو المعهود في اللغة **قال**
ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث
ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال
المشترك يتوى ما توي منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت التركة اجناساً
مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه
الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم
كالدرهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبراً فكذا تقديماً **قال** ومن اوصى
بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث

ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب من اجناس مختلفة فلو كانت من جنس واحد
فهي بمنزلة الدراهم وكذا المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجبر جبرا بالقسمة
قال ولو اوصى بثلث ثلثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا ثلث الباقي وكذا الدور
المختلفة وقيل هذا قول ابي حنيفة وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو
بالاتفاق لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع ومع ذلك يتعذر الجمع والاول
اشبه للفقه المذكور فيه قال ومن اوصى لرجل بالف درهم وله مال عين ودين
فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق
حقه من غير بخس فيصار اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين
اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي تخصيصه بالعين
بخس في حق الورثة لان للعين فضلا على الدين لان الدين ليس بمال في مطلق الحال
وانما يصير مالا عند الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال ومن اوصى
لزيد وعمرو بثلث فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس باهل للوصية
فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى لزيد وجدار وعن ابي يوسف انه اذا لم يعلم
بموته فله نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا بنصف
الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية لعمرو لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي وان
قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا
اللفظ ان يكون لكل واحد منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا يرى ان من قال ثلث
مالي لفلان وسكت كان له الثلث كله ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق
الثلث قال ومن اوصى بثلث ماله ولا مال له ثم اكتسب مالا استحق الموصى له
ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه
بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك ثم اكتسب
مالا لما بيناه ومن اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل
فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية
تعلقت بالعين فتبطل بفواتها عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفاده ثم مات فالصحيح
ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت بلفظ نوعه وهذا لان وجوده
قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى
قيمة شاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية بمالية شاة اذ ماليتها توجد
في مطلق المال ولو اوصى بشاة ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل انه لا يصح لان
المصحح اضافته الى المال وبدونها يعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه

لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية
باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف
ما اذا اضافه الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات
اولاده وهن ثلث وللفقراء والمساكين فلهن ثلثة اسهم من خمسة اسهم قال رضه وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف رح وعن محمد انه يقسم على سبعة اسهم لهن ثلثة ولكل فريق سهمان واصله
ان الوصية لامهات الاولاد جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة لمحمد
ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن فكان من كل فريق اثنان
وامهات الاولاد ثلث فلهذا يقسم على سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس
وانه يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل
فريق واحد والثلاثة للثلث فبلغ الحساب خمسة قال ومن اوصى بثلثه لفلان وللمساكين
فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى
للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين بناء على ما
بيناه قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث
كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباتها بين الكل بما قلناه لاتحاد المال
لانه يصيب كل واحد منهم ثلثا مائة بخلاف ما اذا اوصى لرجل باربع مائة درهم ولآخر
بمائتين ثم قال لآخر قد اشركتك معهما لانه لا يمكن تحقيق المساواة بين الكل لتفاوت
المالين فحملناه على مساواته كل واحد بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان
قال ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا
استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان
وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا
مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة وقد امكن تنفيذ
قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا
منه في تفريغ ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان
وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق على الثلث دون
الزيادة قال فان اوصى بوصايا غير ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان
للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم
عزل المعلوم وفي الافراز فائدة اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا
الحق وابصر به والآخر الد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد
الافراز يصح اقرار كل واحد منهما في نصيبه من غير حجر واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا

صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه فيما شئتم لأن هذا دين في حق المستحق وصية في
حق التنفيذ فإذا أقر كل فريق بشيء ظهر أن في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ
من أصحاب الثلث بثلث ما أقروا والورثة بثلثي ما أقروا تنفيذا لإقرار كل فريق في قدر حقه
وعلى كل واحد منهما اليمين على العلم إن ادعى المقر له الزيادة على ذلك لأنه يحلف على ما جرى بينه
وبين غيره **قال** ومن أوصى لأجنبي ولوارثه فللأجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث
لأنه أوصى بما يملك الإيصاء به وبما لا يملك فصح في الأول وبطل في الثاني بخلاف ما إذا أوصى لحي
وميت لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من أهلها ولهذا
يصح بإجازة الورثة فافترقا وعلى هذا إذا أوصى للقاتل وللأجنبي وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين
أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي لأن الوصية إنشاء تصرف والشركة تثبت
حكما له فيصح في حق من يستحقه منهما أما الإقرار إخبار عن كائن وقد أخبر بوصف الشركة
في الماضي لا وجه إلى إثباته بدون هذا الوصف لأنه خلاف ما أخبر به ولا إلى إثبات الوصف لأنه
يصير الوارث فيه شريكا ولأنه لو قبض الأجنبي شيئا كان للوارث أن يشاركه فيبطل في ذلك القدر
ثم لا يزال يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الإنشاء حصة
أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا **قال** ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط
ورديء فأوصى بكل واحد لرجل بعينه فضاع ثوب ولا يدرى أيها هو والورثة تجحد ذلك
فالوصية باطلة ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد منهم بعينه الثوب الذي هو حقك
قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود فبطل **قال**
إلا أن يسلم الورثة الثوبين الباقيين فإن سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب
الجيد ثلثا الثوب الأجود دون الوسط لأن صاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين
لأنه إما أن يكون جيدا أو وسطا ولا حق له فيهما وصاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين
لأنه إما أن يكون جيدا أو وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الأصلي
فيعطى من محل الاحتمال وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الأدون لم يبق إلا ثلث الجيد وثلث
الرديء فيتعين حق صاحب الوسط فيه بعينه ضرورة **قال** وإذا كانت الدار بين رجلين فأوصى
أحدهما ببيت بعينه لرجل فإنها تقسم فإن وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند
أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله نصفه للموصى له وإن وقع في نصيب الآخر فللموصى له
مثل ذرع البيت وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد مثل ذرع نصف البيت
له أنه أوصى بملكه وبملك غيره لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الأول ويتوقف الثاني
وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة كما إذا أوصى
بملك الغير ثم اشتراه ثم إذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به

وهو نصف البيت وإن وقع في نصيب صاحبه فله مثل ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية
في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها إذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما إذا
بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لأن الوصية تبطل بالإقدام على البيع لما بيناه
ولا تبطل بالقسمة ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لأن الظاهر أنه يقصد الإيصاء
بملك منتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لأن الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر
ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في هذه
القسمة تابع وإنما المقصود الإفراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى
اعتبار الإفراز يصير كأن البيت ملكه من الابتداء وإن وقع في نصيب الآخر تنفذ
في قدر ذرعان جميعه مما وقع في نصيبه إما لأنه عوضه كما ذكرنا أو لأن مراد الموصي
من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده ما أمكن إلا أنه يتعين البيت إذا وقع في
نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك وإن وقع في نصيب الآخر عملنا
بالتقدير أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتمليك بعينه على اعتبار الوجه الآخر
كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة بأول ولد تلده أمته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق
الولد وفي العتاق الولد الحي ثم إن وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع
والبيت عشرة أذرع يقسم نصيبه بين الموصى له وبين الورثة على عشرة أسهم تسعة
منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت وهم
بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة وأربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما
يقسم على أحد عشر سهما لأن الموصى له يضرب بالعشرة وهم بخمسة وأربعين فتصير السهام
أحد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية إقرار قيل هو على الخلاف وقيل
لا خلاف فيه لمحمد والفرق له أن الإقرار بملك الغير صحيح حتى أن من أقر بملك الغير لغيره
ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه
ثم مات لا تصح وصيته ولا تنفذ **قال** ومن أوصى من مال رجل لآخر بألف بعينه فأجاز
صاحب المال بعد موت الموصي فإن دفعه فهو جائز وله أن يمنع لأن هذا تبرع بمال الغير
فيتوقف على إجازته فإذا أجاز يكون تبرعا منه أيضا فله أن يمتنع من التسليم بخلاف
ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث وأجازت الورثة لأن الوصية في مخرجها صحيحة
لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فإذا أجازوها سقط حقهم فتنفذ
من جهة الموصي **قال** وإذا اقتسم الابنان تركة الأب ألفا ثم أقر أحدهما لرجل أن الأب
أوصى له بثلث ماله فإن المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس أن يعطيه
نصف ما في يده وهو قول زفر لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه

والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شايع في
التركة وهي ابنان فيكون مقرا بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان
الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك الوارث
فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر
الابن الآخر به ايضا فياخذ نصف ما في يده فيصير نصف التركة فيزاد على الثلث
قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث
فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام
فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى يقضى بها ديونه دخل
في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث واخذ ما يخصه منهما
جميعا في قول ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة ياخذ ذلك من الام فان فضل شيء
اخذه من الولد وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وامة
تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي ثلثمائة درهم
قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا
ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع
والعتق فتنفذ الوصية فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه
والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل
وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقضه في الاصل بل يبقى
تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض
ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدونه ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت
قبل القسمة فان ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد
القسمة

فصل في اعتبار حالة الوصية

واذا اقر المريض لامرأة بدين او اوصى لها بشيء
او وهب لها هبة ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم
بنفسه وهي اجنبية عند صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة
الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية لانه ايجاب عند الموت
وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد
الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر
من الثلث قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى له فاسلم الابن
قبل موته بطل ذلك كله اما الوصية والهبة فلما ذكرنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان
عنده او بعده والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت

الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية
وهي طارية حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح
الاقرار لقيام السبب حال صدوره قال وكذلك لو كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا
وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه دين يصح لانه اقرار لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح
لانه اقرار له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى
انها تصح لانها تمليك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية
فلا تصح قال والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت
فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي
ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب عند ما اصابه ذلك ومات
من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت

باب العتق في المرض

قال ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز وهو معتبر من الثلث
ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار
من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت وهذا
منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق حق الورثة به وكذلك ما ابتدأ المريض ايجابه
على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت
فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحالة الاضافة دون حال العقد وما
نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان
مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد
في ماله قال فان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى عند ابي حنيفة وان اعتق
ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسألتين جميعا والاصل فيه ان الوصايا اذا
لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض
على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح
والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب
الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه آنفا
لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى وغيره يلحقه وكذلك المحاباة لا يلحقها الفسخ
من جهة الموصى واذا تقدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل
الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق اقوى لانه لا يلحقه
الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت

ولان المحاباة اقوى لانها ثبتت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته
والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف فاذا وجد العتق
اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة اذا
حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما في ذلك ثم ما اصاب
المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو اعتق
ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة فما اصاب العتق قسم بينه
وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى بكل حال **قال** ومن اوصى بان يعتق عنه
بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة وان كانت الوصية
بحج عنه يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة
وقالا يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية
بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه
تنفيذ في غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى
والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه وقيل
هذه المسألة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق الله تعالى عندهما
تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده هو حق العبد حتى لا تقبل
البينة عليه من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا اشبه **قال** ومن ترك ابنين
ومائة درهم وعبدا قيمته مائة درهم وقد كان اعتقه في مرضه واجاز الوارثان ذلك
لم يسع في شيء لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر
من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه وهذا
لا سعاية عليه **قال** ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت
الوصية لان الدفع قد صح لما ان حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق
الموصى له لانه يتلقى الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا
خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه
الورثة كان الفداء من مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد
طهر عن الجناية بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية **قال** ومن اوصى بثلث ماله
لآخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه
في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شيء للموصى له
الا ان يفضل من الثلث شيء او تقوم له البينة ان العتق كان في الصحة لان الموصى له
يدعي استحقاق ثلث ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس

بوصية ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه العتق في المرض وهو
وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا والقول قول المنكر
مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى اقرب الاوقات للتيقن بها فكان
الظاهر شاهدا للوارث فيكون القول قوله مع اليمين **قال** الا ان يفضل من الثلث
شيء على قيمة العبد لانه لا مزاحم له او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت
بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه **قال** ومن ترك عبدا
فقال الوارث اعتقه ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال
صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة وقالا يعتق ولا يسعى في شيء لان
الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصارا
كانهما كانا معا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله
ان الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في المرض
يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل العتق اصلا الا انه
بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق
لانه لا مانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن استناد العتق الى تلك الحالة
لان الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات
الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال آخر كان لي عنده
الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء

فصل

ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها قدمها الموصي او اخرها مثل الحج و
الزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الاهم
وان تساوت في القوة بدئ بما قدمه الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه
يبتدئ بالاهم وذكر الطحاوي انه يبتدئ بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى
الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد وجه الاولى
انهما وان استويا في الفرضية فالزكوة يتعلق بها حق العبد فكان اولى وجه الاخرى
ان الحج يقام بالمال والنفس والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم
الزكوة والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد
ما لم يات في الكفارات والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة
الفطر لانه عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على
الاضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم
بعض الواجبات على البعض **قال** وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا

وصلى كما إذا صرح بذلك قالوا إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى
وما كان للعبد فما أصاب القرب صرف إليها على الترتيب الذي ذكرنا ويقسم على عدد القرب
ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لأنه وإن كان المقصود بجميعها رضاء الله تعالى فكل واحدة
في نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين **قال** ومن أوصى بحجة الإسلام
أحجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لأن الواجب عليه لله تعالى الحج من بلده ولهذا يعتبر فيه
من المال ما يكفيه من بلده والوصية لأداء ما هو الواجب عليه وإنما قال راكبا لأنه لا يلزمه
أن يحج ماشيا فانصرف إليه على الوجه الذي وجب عليه **قال** فإن لم تبلغ الوصية النفقة
أحجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لأنه أمر بالحج على صفة عدمناها فيه غير
أنا جوزناه لأنا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه
ما ذكرناه وهو أولى من إبطالها أصلا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل
قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق فأوصى أن يحج عنه يحج عنه من بلده عند أبي حنيفة
وهو قول زفر وقالا يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى هذا الخلاف إذا مات الحاج عن غيره
في الطريق لهما أن السفر بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد
وقع أجره على الله فيبتدأ من ذلك المكان كأنه من أهله بخلاف سفر التجارة لأنه لم يقع قربة
فيحج عنه من بلده وله أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه
الذي وجب عليه **باب الوصية للأقارب وغيرهم قال** ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون
عند أبي حنيفة وقالا هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة
وهذا استحسان وقوله قياس لأن الجار من المجاورة وهي الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة
بهذا الجوار ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع يصرف إلى أخص الخصوص وهو الملاصق وجه
الاستحسان أن هؤلاء يسمون جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله عليه السلام لا صلاة لجار المسجد
إلا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولأن المقصود بر الجيران واستحبابه ينتظم
الملاصق وغيره إلا أنه لا بد من الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي
الجوار إلى أربعين دارا بعيد وما روي فيه ضعيف قالوا ويستوي فيه الساكن والمالك
والذكر والأنثى والمسلم والذمي لأن اسم الجار يتناولهم ويدخل فيه العبد الساكن عنده لإطلاقه
ولا يدخل عندهما لأن الوصية له وصية لمولاه وهو غير ساكن **قال** ومن أوصى لأصهاره
فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته لما روي أنه عليه السلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك ذا
رحم محرم منها إكراما لها وكانوا يسمون أصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد
وأبي عبيدة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم
منه لأن الكل أصهار ولو مات الموصي والمرأة في نكاحه أو عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق

الوصية وإن كانت في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لأن بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو شرط
وقت الموت **قال** ومن أوصى لأختانه فالوصية لزوج كل ذات رحم محرم منه وكذا المحارم
الأزواج لأن الكل يسمى ختنا قيل هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم ويستوي
فيه الحر والعبد والأقرب والأبعد لأن اللفظ يتناول الكل **قال** ومن أوصى لأقاربه فهي
للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين
فصاعدا وهذا عند أبي حنيفة وقالا الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام وهو
أول أب أسلم أو أول أب أدرك الإسلام وإن لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة
الاختلاف تظهر في أولاد أبي طالب فإنه أدرك الإسلام ولم يسلم لهما أن القريب مشتق
من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف وله أن الوصية أخت
الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية
والمقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في إقامة واجب الصلة وهو يختص بذي الرحم
المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فإنهم لا يسمون أقرباء ومن سمى والده قريبا كان منه
عقوقا وهذا لأن القريب في عرف اللسان من يتقرب إلى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد
والولد بنفسه لا بغيره ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه فإن عنده تقيد
بما ذكرناه وعندهما بأقصى أب في الإسلام وعند الشافعي بالأب الأدنى **قال** وإذا أوصى
لأقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند أبي حنيفة اعتبارا بالأقرب كما في الإرث وعندهما
بينهم أرباعا إذ هما لا يعتبران الأقرب ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف
للخالين لأنه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما إذا أوصى
لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لأن اللفظ للفرد فيحرز الواحد كلها إذ هو الأقرب
ولو ترك عما واحدا فله نصف الثلث لما بينا ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية
للعم والعمة بينهما بالسوية لاستواء قرابتهما وهي أقوى والعمة وإن لم تكن وارثة فهي
مستحقة للوصية كما لو كان القريب رقيقا أو كافرا وكذا إذا أوصى لذوي قرابته أو لأقربائه
أو لأنسابه في جميع ما ذكرنا لأن كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لأنها
مقيدة بهذا اللفظ **قال** ومن أوصى لأهل فلان فهي على زوجته عند أبي حنيفة وقالا تتناول
كل من يعولهم وتضمهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وأتوني
بأهلكم أجمعين وله أن اسم الأهل حقيقة للزوجة يشهد بذلك قوله تعالى وسار بأهله
ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف إلى الحقيقة ولو أوصى لآل فلان فهو لأهل بيته
لأن الآل القبيلة التي ينسب إليها ولو أوصى لأهل بيت فلان يدخل فيه أبوه وجده
لأن الأب أصل البيت ولو أوصى لأهل نسبه أو لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب إليه

والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الاب والام ولو اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم او لأراملهم ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية للفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لأيامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة اول قوليه وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم **قال** ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى فيه سواء لان اسم الولد ينتظم الكل انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بان قصده التفضيل كما في الميراث ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي في بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى يصالحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الاعلى والاسفل لانه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن ابي يوسف انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبل الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موال واولاد الموالي وموالي الموالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم دون موالي الموالاة وعن ابي يوسف انهم يدخلون ايضا والكل شركاء لان الاسم يتناولهم على السواء وعن محمد يقول الجهة مختلفة في المعتق الانعام وفي الموالي عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له احق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لانهم موالي غيره حقيقة بخلاف مواليه واولادهم لانهم ينسبون اليه باعتاق وجد منه وبخلاف ما اذا لم يكن له موال ولا اولاد الموالي لان اللفظ لهم مجاز فيصرف اليه عند تعذر اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيهم موالي اعتقهم ابنه لانهم ليسوا موالي له حقيقة ولا مجازا وانما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لانه ينسب اليه بالولاء

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

وتجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك ابدا لان المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الاعيان ويكون محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف وتجوز موقتا ومؤبدا كما في العارية فانها تمليك على اصلنا بخلاف الميراث لانه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لانه بدل المنفعة فاخذ حكمها والمعنى يشملهما **قال** فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه لان حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لان حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهايأة ايفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهايأة تقديم احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز ايضا لان الحق لهم الا ان الاول وهو الاعدل اولى وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف ان لهم ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار بان ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فمنعوا عنه **قال** وان مات الموصى له عاد الى الورثة لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حياة الموصي بطلت الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما متغايران ويتفاوتان في حق الورثة فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها

بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى ان يواجر العبد والدار وقال الشافعي له ذلك لانه بالوصية
ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل وغير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها
اباحة على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير البدل في حالة الحيوة على اصلنا ولا
يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل كذا هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل
غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع
للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع اما هو في وضعه غير لازم
ولان المنفعة ليست بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها تحقيقا
للمساواة في عقد المعاوضة وانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها
بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة التي تملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض ثم
ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان
يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث
لان الوصية تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته
فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غيره فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمهم
ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا لانه بدل المنفعة فاخذ حكم المنفعة
في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم
يكن له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد
الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك في الاظهر من
رواية عن ابي يوسف فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذا للموصى له الا انا نقول
المطالبة بالقسمة تبتني على ثبوت الحق للموصى له فيما تلاقيه القسمة اذ هو المطالب ولا حق له
في عين الدار وانما حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى لرجل بخدمة عبده
ولاخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب الخدمة لانه
اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا احدهما على الاخر فتعتبر هذه الحالة بحالة
الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا
للورثة مع كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان اخر لان الوصية اخت الميراث
من حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت وله نظائر وهو ما اذا اوصى بامة لرجل وبما في بطنها
لاخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولاخر بفصه او قال هذه القوصرة لفلان
وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها
اما اذا فصل احد الايجابين عن الاخر فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف وعلى قول محمد الاول
للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في اختيها لابي يوسف ان بايجابه في الكلام الثاني

تبين ان مراده في الكلام الاول ايجاب الحلقة للموصى له بها دون الفص وهذا البيان منه صحيح
وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال حيوة الموصي فكان البيان المفصول فيه
والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا
اسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة وكذلك ومن اصلنا ان العام الذي
موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل
واحد منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه
للثاني رجوعا عن الاول كما لو اوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة
لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا اوجب
الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص
او الاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص **قال** ومن
اوصى لاخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني
ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش ومن اوصى له بغلة بستانه فله الغلة
القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا
بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد لانه لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور
وان لم يكن شيئا اما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد اخرى عرفا
يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة ارضه وداره فاذا اطلقت تتناولهما غير
موقوف على دلالة اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر
الانصراف الى دليل زائد **قال** ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا او باولادها او بلبنها
ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن وما على ظهورها من الصوف
يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء
يومئذ وهذا بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك
الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد عليها كالمعاملة والاجارة
فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم
واخواه لا يجوز ايراد العقد عليها اصلا ولا يستحق بعقد ما فكذلك لا تدخل تحت الوصية
بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فكذا
بالوصية

باب وصية الذمي

واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة
في صحته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة والوقف عنده يورث
ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا يصح عندهما **قال** ولو اوصى
بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى ان تبنى داره بيعة او كنيسة

وقد جاز من الثلث لان الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن
تصحيحه على اعتبار المعنيين وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الوصية باطلة لما في تنفيذه من تقرير المعصية
ولان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يدينون اي يعتقدون
فيجوز بناء على اعتقادهم الا يرى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم
لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة بين بناء البيعة
والكنيسة وبين الوصية به ان البناء نفسه ليس بسبب لزوال الملك للباني وانما
يزول ملكه بان يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر
محررا خالصا لله تعالى حقيقة فيبقى ملكا للباني فيورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجر
ويسكنون فلم يتحرر لتعلق حق العباد وفي هذه الصورة يورث المسجد ايضا
لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه امتنع ثبوت مقتضاه
في غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث
ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها ان يكون قربة في معتقدهم ولا يكون
قربة في حقنا وهو ما ذكرناه كما اذا اوصى الذمي بذبح خنازيره ويطعم المشركون
وهذه على الخلاف اذا كان لقوم غير مسمين كما ذكرنا والوجه ما بيناه ومنها اذا
اوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان
يبني مسجدا للمسلمين او بان يسرج في مساجد المسلمين فهذه الوصية باطلة
بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون
والجهة مشورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى
بان يسرج في بيت المقدس او يغزى الترك وهو من الروم فهذا جائز سواء كان لقوم
باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها
اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات
فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم
فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة
المسلم لانا امرنا بابتناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون
على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة وصاحبيه وفي المرتدة الاصح
انه يصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال
واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او لذمي بماله كله جاز لان امتناع
الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة ولهذا ينفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي

مرعي لكونهم في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله لاعتبار الامان والامان كان
لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية ورد الباقي على ورثته
وذلك من حق المستامن ايضا ولو اعتق عبده عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام فذلك
صحيح منه من غير اعتبار الثلث لما بينا وكذا لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام
في دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا تصح عقود التمليكات منه في حال
حياته ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه لا تجوز
لانه من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على
السنة الا بالجزية ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض الورثة لا تجوز اعتبارا
بالمسلمين لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف ملته
جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز
لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخت الميراث

باب الوصي وما يملكه

ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد
لان الميت مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته او بعد مماته
صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله
حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هناك لانه حي قادر على التصرف بنفسه
قال وان ردها في وجهه فهو رد لانه ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا
غرور فيه لانه يمكنه ان يستنيب غيره فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار
ان شاء قبل وان شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع
شيئا من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر بعد الموت
وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم
يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية
الميت فتنتقل الولاية اليه واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل
انابة لثبوته في حال قيام ولاية الحي فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشراء
وقد بينا طرق العلم وشرط الاخبار فيه فيما تقدم من الكتب وان لم يقبل حتى مات
الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل
لان بمجرد قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصي
في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه
عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر وربما يعجز عن ذلك
فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت

مقصود فانه فيه دفع الضرر من الجانبين فلهذا ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي
اياه اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي ومن اوصى الى عبد
او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصاية ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة
الوصية لان الاخراج يكون بعدها وذكر محمد في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه
في جميع هذه الصور ان الوصية ستبطل وقيل في العبد معناه باطلة حقيقة لعدم
ولايته واستبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطلة ايضا لعدم ولايته
على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية
الفاسق على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد
على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك
النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجهم القاضي عن الوصاية ويقيم غيره
مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا
يصلح عذرا في اخراجه وتبديله بغيره **قال** ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة
كبار لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز
عن الوفاء بحق الوصاية فلا يفيد فائدته وان كانوا صغارا كلهم فالوصية اليه
جائزة عند ابي حنيفة ومرة مع ابي يوسف وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان
الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع
ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزأ وفي اعتبار هذه تجزئتها لانه لا يملك
بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون اهلا
للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية
المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم وصار كالمكاتب
والوصاية قد تتجزأ على ما هو المروي عن ابي حنيفة او نقول يصار اليه كيلا يؤدي
الى ابطال اصله وتغيير الوصف لتصحيح الاصل اولى **قال** ومن اوصى الى من
يعجز عن القيام بالوصية ضم اليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة
وهذا لان تكميل النظر يحصل بضم الاخر اليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر
باعانة غيره ولو شكا اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان
الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه واذا ظهر عند القاضي عجزه اصلا استبدل
به غيره رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف امينا فيه ليس للقاضي
ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه كان مختار الميت ومرضيه فابقاؤه
اولى ولهذا قدم على اب الميت مع وفور شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا

وكذا اذا اشتكى الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي له ان يعزله حتى
يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت
انما نصبه وصيا لامانته وقد فاتت ولو كان في الاحياء لاخرجه منها فعند عجزه
ينوب القاضي منابه كانه لا وصي له **قال** ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما
ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون صاحبه الا في اشياء معدودة نبينها
ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف ينفرد كل واحد منهما كملا كولاية الانكاح للاخوين
وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق اذا انتقلت الولاية اليه على الوجه الذي
كانت ثابتة للموصي وقد كانت بوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص
كل واحد منهما بالشفقة فينزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان الولاية تثبت
بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع اذ هو شرط مقيد
وما رضي الموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الاخوين في الانكاح
لان السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق
لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفء يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف
للوصي ولهذا يبقى مخيرا في التصرف ففي الاول اوفى حقا على صاحبه فيصح وفي
الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولهما بخلاف
الاشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة
مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها فقال الا في شراء الكفن
وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران عند ذلك وطعام الصغار
وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب
والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية
فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من يقع
في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الرأي وتنفيذ وصية بعينها
وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الرأي والخصومة في حقوق الميت
لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين وقبول الهبة لان في التاخير
خيفة الفوات ولانه تملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع
ما يخشى عليه التوى والتلف لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة
لان في التاخير خشية الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن
من باب الولاية **قال** وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان
يبيع او يتقاضى والمراد بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم

وهذا لانه رضي بامانتهما جميعا في القبض ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف
الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد قيل ينفرد كل
واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما اوصى
فقد رضي براي الواحد وقيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند الموت
بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب وان مات احدهما جعل القاضي وصيا مكانه
اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا نظرا
للميت عند عجزه وعند ابي يوسف لان الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد
ان يخلفه متصرفا في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي اخر مكان الميت
ولو ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اوصى
الى شخص اخر فلا يحتاج القاضي الى نصب وصي اخر لان راي الميت باق حكما براي
من يخلفه وعن ابي حنيفة انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف
ما اذا اوصى الى غيره لانه ينفذ تصرفه براي المثنى كما رضيه المتوفى فاذا مات
الوصي واوصى الى اخر فهو وصيه في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي
لا يكون وصيا في تركة الميت الاول اعتبارا بالتوكيل في حالة الحياة والجامع انه
رضي برايه لا براي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء
الى غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي في المال
والى الجد في النفس ثم الجد قائم مقام الاب فيما انتقل اليه فكذا الوصي وهذا
لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركة
فينزل الثاني منزلته فيها ولان الاول لما استعان به في ذلك مع علمه بان تعتريه
المنية قبل تتميم مقصوده بنفسه وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه
الى غيره بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى بتوكيل
غيره والايصاء اليه **قال** ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة صحيحة ومقاسمته
الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب ويرد عليه
ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث
اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك
الموصى له اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا
لا يرد بالعيب ولا يرد عليه به ولا يصير مغرورا بشراء الموصي فلا يكون الوصي خليفة
عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي لان القسمة لم
تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار

ضمانا كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث
فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة **قال** فان قاسم الوصي
الورثة فاخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا **قال** وان كان
اوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت بثلث ما بقي وكذلك ان دفعه
الى رجل ليحج عنه فضاع من في يده وقال ابو يوسف ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء
والا يرجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي ولو افرز الموصي
بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية فكذا اذا افرزه الوصي الذي قام
مقامه ولابي يوسف ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق بطلت
لفوات محلها ولابي حنيفة ان القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تاديته الحج فلم تعتبر
دونه فصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج عنه بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى الجهة
المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها **قال**
ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب
فقسمته جائزة لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية
ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى والغيب ومن النظر
افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك
المقبوض لم يكن له سبيل على الورثة **قال** واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر
من الغرماء فهو جائز لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بغير
محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه وهذا لان حق
الغرماء يتعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن
بخلاف العبد المرهون لان حق المرتهن الاستيفاء منه ما وجهنا بخلافه **قال** ومن اوصى بان يباع
عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع في يده فاستحق
العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه
ما رضي ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير
بغير رضاه فيجب عليه رده **قال** ويرجع فيما ترك الميت لانه عامل له فيرجع عليه
كالوكيل وكان ابو حنيفة يقول اولا لا يرجع لانه ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرناه ويرجع
في جميع التركة وعن محمد انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها
ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين
يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي وامينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه
لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم

الغرماء فيتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه كالرسول ولو كان ذلك الوصي الذي يبيع لم
الوكيل وقد مر في كتاب المضاربة ان التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء
كما اذا كان على الميت دين آخر قال وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة
عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له ويرجع
الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه قال واذا
احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املى اذ الولاية نظرية
وان كان الاول املى لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال
ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش
بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد
المأذون والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة لانهم يتصرفون
بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الصبي لانه يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا
فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالغبن الفاحش منهم تبرع
لا ضرورة فيه وهم ليسوا من اهله قال واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب
الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة لان ذلك احوط ولو كتب جملة يجوز ان يكتب الشاهد
شهادته في الشراء من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب اشترى
من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما بينا وقيل لا باس بذلك لان الوصاية تعلم
ظاهرا قال وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب
يليه سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس ان لا يملك الوصي غير العقار ايضا
لانه لا يملكه الاب على الكبير الغائب الا انا استحسناه لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه
وحفظ الثمن ايسر وهو يملك الحفظ اما العقار فمحصن بنفسه ولا يتجر في المال
لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد وصي الاخ في الصغير
والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي الام ووصي العم وهذا
الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا
وصيهم قال والوصي احق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي الجد احق لان الشرع
اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيقدم على وصيه ولنا ان بالايصاء
ينتقل ولاية الاب اليه فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان
اختياره الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على انه انظر لبنيه من تصرف ابيه
قال فان لم يوص الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى
ملك الانكاح دون الوصي غير انه يقدم وصي الاب في التصرف لما بيناه فصل

فصل في الشهادة واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة
لانهما متهمان فيها لاثباتهما معينا لانفسهما قال الا ان يدعيها المشهود له وهذا استحسان
وهو في القياس كالاول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي
ابتداء وضم آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه
اما الوصاية تثبت بنصب القاضي قال وكذلك الابنان اذا شهدا ان الميت اوصى
الى رجل وهو ينكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا بنصب حافظ للتركة ولو شهدا
يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما
يظهران ولاية التصرف لانفسهما في المشهود به قال وان شهدا لوارث كبير في مال الميت
لم تجز وان شهدا في غير مال الميت جاز عند ابي حنيفة وقالا ان شهدا لوارث كبير يجوز في
الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن
التهمة وله انه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت
التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام
نفسه في تركته لا في غيرها قال واذا شهد رجلان لرجلين على ميت بدين الف درهم
وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما وان كانت شهادة كل فريق للآخر
بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تجوز في
الفصلين وابو حنيفة فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف وعن ابي يوسف مثل قول محمد رحمه الله
المقبول ان الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع
اجنبي بقضاء دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد ان الدين بالموت
يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة
يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف حال
حياة المديون لانه في الذمة لبقائها لا في المال فلا يتحقق الشركة قال ولو شهدا
انه اوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين
بعبده جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين
الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة
وكذا اذا شهد الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبده وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين
بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة والله اعلم

كتاب الخنثى فصل في بيانه

واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول
من الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث يبول وعن علي

مثله ولانه البول من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح والاخر
بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة اخرى انه هو العضو الاصلي
وان كانا في السبق سواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة وقالا ينسب الى اكثرهما لانه
علامة قوة ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول الشرع
فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه قد يكون لاتساع في احدهما
وضيق في الاخر وان كان يخرج منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح **قال**
واذا بلغ الخنثى وخرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم
الرجل او كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي
المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة
لان هذه من علامات النساء وان لم تظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا
تعارضت هذه المعالم **فصل في احكامه** الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه
بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك في ثبوته **قال**
واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل
الرجال كيلا يفسد صلوتهم ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوته وان قام في صف
الرجال فصلوته تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم
احتياطا لاحتمال انه امرأة **قال** واحب الينا ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة
ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة
وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير
قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه ولا تبتاع له
امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان
يختنه رجل لانه عسى انثى او تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا
وان لم يكن له مال ابتاع الامام من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا اختتنته باعها
ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حيوته لبس الحرير والحلي
وان يتكشف قدام الرجال او قدام النساء وان يخلو به غير محرم من رجل او امرأة وان
يسافر بغير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف
لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره تركه وقال محمد
يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهو امرأة افحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه
لانه لم يبلغ وان حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلده غلاما فولدت خنثى لم يقع
حتى يستبين امر الخنثى لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل

امة لي حرة والا مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما بينا وان قال القولين جميعا عتق
للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل او انا امرأة لم يقبل قوله
اذا كان مشكلا لانه دعوى يخالف قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله
لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل الغسل
غير ثابت بين الرجال والنساء فيه احتمال الحرمة ويتيمم بالصعيد لتعذر الغسل
ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو احب
لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات فصلي عليه وعلى رجل
وامرأة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل
لاحتمال انه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد
من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان
مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير نعش المرأة فهو احب الي
لاحتمال انه عورة ويكفن كما تكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب
لانه ان كان انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زادوا على الثلث ولا باس بذلك ولو مات
ابوه وخلف ابنا وخنثى فالمال بينهما عند ابي حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده
في الميراث الا ان يثبت غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو
قول الشعبي واختلفا في قياس قوله وقال محمد المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة
وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن
يستحق كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلثة الارباع فعند الاجتماع يقسم بينهما
على قدر حقيهما هذا يضرب بثلثة وذاك يضرب باربعة فتكون سبعة ولمحمد ان الخنثى
لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان انثى يكون اثلاثا احتجنا الى حساب له ثلث
ونصف واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفان وفي حال للخنثى سهمان وللابن اربعة
فالسهمان للخنثى ثابتان بيقين ووقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون له سهمان
ونصف فانكسر فاضعف ليزول الكسر فصارت الحساب اثني عشر للخنثى خمسة
وللابن سبعة ولابي حنيفة ان الحاجة هنا الى اثبات المال ابتداء والاقل هو ميراث
الانثى متيقن به وفيما زاد عليه شك فاوجبنا المتيقن حكما عليه لان المال لا يجب
بالشك وصار هذا كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب اخر فانه يوضع فيه بالمتيقن
كذا هذا الا ان نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا حينئذ يعطى نصيب الذكر في تلك الصورة
لكونه متيقنا به وهو ان يكون الميتة زوجا ولها اختا لاب وام هي خنثى او امرأة و اخوة
لام واختا لاب وام هي خنثى ففرضنا في الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي

للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع وللابن خمسة أسهم من الثلث والباقي للخنثى لأنه أقل النصيبين

مسائل شتى

وإذا قرئ على الأخرس كتاب وصيته فقيل له أنشهد عليك بما في هذا الكتاب فأومأ برأسه أي نعم أو كتب فإذا جاء من ذلك ما يعرف أنه إقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي يجوز في الوجهين لأن المجوز إنما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الأصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش من الأهلي في حق الذكاة والفرق لأصحابنا أن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة معلومة وذلك في الأخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له إشارات معلومة قالوا هو بمنزلة الأخرس ولأن التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت أما الأخرس فلا تفريط منه ولأن العارض على شرف الزوال دون الأصلي فلا يتقايسان وفي الآبدة عرفناه بالنص **قال** وإذا كان الأخرس يكتب كتابا أو يومئ إيماء يعرف به فإنه يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه ويقتص منه وله ولا يحد ولا يحد له أما الكتابة فلأنها ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا ألا ترى أن النبي عليه السلام أدى واجب التبليغ مرة بالعبارة ومرة بالكتابة إلى الغيب والمجوز في حق الغائب العجز وهو في حق الأخرس أظهر وألزم ثم الكتاب على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم كالكتابة على الجدار وأوراق الشجر وينوي فيه لأنه بمنزلة صريح الكتابة فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم وأما الإشارة فجعلت حجة في الأخرس في حق هذه الأحكام للحاجة إليها لأنها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد أيضا ولا حاجة إلى الحدود لأنها حق الله تعالى ولأنها تندرئ بالشبهات ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد أيضا بالإشارة في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص أن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة ألا ترى أنه لو شهدوا بالوطء الحرام أو أقر بالوطء الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب القصاص وإن لم يوجد التعمد وهذا لأن القصاص فيه معنى العوضية لأنه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد أما الحدود الخالصة لله تعالى شرعت زواجر وليس فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب الإقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل أن يكون الجواب ههنا كذلك فيكون فيهما روايتان ويحتمل أن يكون مفارقا لذلك لأنه يمكن الوصول إلى نطق الغائب في الجملة لقيام أهلية النطق ولا كذلك الأخرس لتعذر الوصول إلى النطق للآفة المانعة ودلت المسألة على أن الإشارة معتبرة وإن كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا أنه لا تعتبر الإشارة مع القدرة على الكتابة لأنه حجة ضرورية ولا ضرورة لأنه جمع بينهما ههنا فقال أشار أو كتب وإنما استويا لأن كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان لم يوجد في الإشارة وفي الإشارة زيادة أثر لم يوجد في الكتابة لما أنه أقرب إلى النطق من آثار الأقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما أو يومين لعارض لما بينا في المعتقل لسانه أن آلة النطق قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان **قال** وإذا كانت الغنم مذبوحة وفيها ميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرى فيها وأكل وإن كانت الميتة أكثر أو كانا نصفين لم يؤكل وهذا إذا كانت الحالة حالة الاختيار أما في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لأن الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالتي يحتمل أن تكون ذكية أولى غير أنه يتحرى لأنه طريق يوصله إلى الذكية في الجملة فلا يتركه من غير ضرورة وقال الشافعي لا يجوز الأكل في حالة الاختيار وإن كانت المذبوحة أكثر لأن التحري دليل ضروري فلا يصار إليه من غير ضرورة ولا ضرورة في حالة الاختيار ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لأن القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما إذا كانا نصفين أو كانت الميتة أغلب لأنه لا ضرورة

تمت الهداية بعون الله تعالى استمد منه التوفيق

وقد وقع الفراغ من كتابة هذا الكتاب على يد العبد الضعيف المحتاج إلى رحمة ربه اللطيف [illegible] قرة حصار [illegible] يوم الجمعة في أوائل شهر محرم الحرام من شهور سنة خمس وتسعين وألف